

# VU Research Portal

## Persoon en lichaam in het recht

van Beers, B.C.

2009

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

van Beers, B. C. (2009). *Persoon en lichaam in het recht: Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*. [, Vrije Universiteit Amsterdam]. Boom Juridische uitgevers.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## Persoon en lichaam in het recht



VRIJE UNIVERSITEIT

# Persoon en lichaam in het recht

*Menselijke waardigheid en zelfbeschikking  
in het tijdperk van de medische biotechnologie*

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad Doctor aan  
de Vrije Universiteit Amsterdam,  
op gezag van de rector magnificus  
prof.dr. L.M. Bouter,  
in het openbaar te verdedigen  
ten overstaan van de promotiecommissie  
van de faculteit der Rechtsgeleerdheid  
op vrijdag 25 september 2009 om 13.45 uur  
in de aula van de universiteit,  
De Boelelaan 1105

door  
Britta Chongkol van Beers

geboren te Breda

promotoren:      prof.dr.mr. D.W.J.M. Pessers  
                         prof.mr.drs. B.P. Vermeulen

Omslagontwerp: Wouter van Riessen, 'Zelfportret met twee poppen II',  
[www.woutenvanriessen.nl](http://www.woutenvanriessen.nl)

© 2009 B.C. van Beers / Boom Juridische uitgevers

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

ISBN 978-90-8974-177-6  
NUR 820

[www.bju.nl](http://www.bju.nl)

# Dankwoord

Terugkijkend op de afgelopen jaren realiseer ik me wederom dat ik als promovenda een bevoorrecht bestaan heb geleid. Dat ik werd betaald om me jaren aan reflectie over een onderwerp naar keuze te wijden, mijn intellectuele horizon te verbreden en mijn eigen ideeën daarover op papier te zetten, en dat zonder me bezig te hoeven houden met winstmarges of veeleisende cliënten, is een niet vanzelfsprekende luxe. Daarmee wil ik natuurlijk niet ontkennen dat het af en toe taai was en dat ik opgelucht ben dat mijn proefschrift nu is afgerond. Dankzij de hulp en steun van mijn vrienden, familie en collega's heb ik dit onderzoek tot een goed einde weten te brengen. Ik ben al deze mensen dankbaar, en wil een aantal van hen in het bijzonder noemen.

Zonder mijn promotor prof. dr. mr. Dorien Pessers zou dit proefschrift er nooit zijn gekomen. Al tijdens mijn studie vertelde Dorien mij over het moois dat een wetenschappelijk bestaan te bieden heeft. Haar onderzoeksvoorstel dat aan dit proefschrift ten grondslag ligt, is dermate rijk en gelaagd, dat ik er in alle stadia van mijn onderzoek op kon terugvallen. Vooral de vele gesprekken die Dorien en ik hebben gevoerd waren een grote bron van inspiratie. Haar prikkelende en fundamentele vragen en de bijzondere manier waarop zij de thematiek in een breder perspectief plaatste, zorgden ervoor dat ik elke keer weer met veel plezier en nieuwsgierigheid aan dit onderzoek verder werkte. Doriens visionaire blik op het recht en de rechtsfilosofie zijn bepalend geweest voor mijn wetenschappelijke en algehele gedachtevorming. Zo ben ik haar dankbaar dat zij mij op het spoor van de Franse rechtstheorie heeft gezet. Tegelijkertijd heeft Dorien mij de vrijheid gegeven om me breed te oriënteren en van allerlei ideeën te proeven. Het vertrouwen dat daaruit spreekt, vind ik niet alleen heel bijzonder, maar was een grote stimulans om verder en dieper te denken. Tot slot kan ik Dorien niet genoeg bedanken voor de manier waarop zij zich heeft ingezet voor mijn wetenschappelijke carrière en er altijd voor me was als ik advies nodig had.

Het was eveneens een grote eer en een bijzonder genoegen dat prof. mr. drs. Ben Vermeulen mijn promotor is geweest. Hoewel Ben in een wat later stadium bij het onderzoek betrokken raakte, stond hij onmiddellijk klaar met scherpe en doorwrochte adviezen. Daarbij vond ik het heel bijzonder dat hij het onderwerp medische biotechnologie zich zo snel eigen maakte, zowel op positiefrechtelijk als rechtsfilosofisch niveau. Ondanks zijn drukke bestaan als hoogleraar en staatsraad kon ik bij hem terecht met al mijn vragen en verbaasde hij me iedere keer weer door de snelheid, nauwkeurigheid en diepzinnigheid van de kritiek

waarvan hij mijn teksten voorzag. Ik ben hem dankbaar voor alle raad die hij mij heeft gegeven, zowel over mijn proefschrift als over onderwerpen daarbuiten.

Prof. dr. S. Gutwirth, prof. dr. G.A. den Hartogh, prof. mr. J.H. Nieuwenhuis, prof. mr. A. Soeteman, prof. mr. J.B.M. Vranken en prof. dr. H. Zwart, ben ik veel dank verschuldigd voor zowel hun bereidheid om zitting te nemen in de leescommissie, als voor hun commentaar op het boek.

Daarnaast wil ik mijn dank betuigen aan de leden en afdelingshoofden van de verschillende vakgroepen waarvan ik heb deel heb gemaakt tijdens het schrijven van mijn proefschrift. De eerste jaren van mijn onderzoek heb ik een fijne tijd gehad bij de vakgroep Staats- en bestuursrecht aan de VU onder voorzitterschap van prof. mr. Sjoerd Zijlstra. Met Kazimierz Bem als kamergenoot kon dat bijna ook niet anders. Daarna ben ik dienst geweest bij de vakgroep Algemene Rechtsleer aan de UvA bij prof. mr. Cees Maris. Ook bij deze vakgroep voelde ik me als oud-student van de UvA onmiddellijk thuis. Nu maak ik deel uit van de vakgroep Rechtstheorie en rechtsgeschiedenis van de VU. Met voormalig afdelingshoofd prof. mr. Arend Soeteman heb ik intensief en met veel plezier samengewerkt. Onder het huidige voorzitterschap van prof. mr. Wouter Veraart kijk ik uit naar de mooie dingen die we als vakgroep nog tot stand gaan brengen.

Joris Groen wil ik bedanken voor zijn werkzaamheden als student-assistent bij de voltooiing van dit boek, Frances Gilligan voor lezing en correctie van mijn engelstalige samenvatting en Loes Hendrix en Wouter Veraart voor hun commentaar op enkele passages uit mijn proefschrift. Daarnaast gaat mijn dank uit naar prof. dr. Gerard de Vries voor zijn waardevolle begeleiding bij het schrijven van mijn filosofiescriptie, die uiteindelijk mede aan de basis van dit proefschrift heeft gestaan. Tot slot wil ik prof. Catherine Labrusse-Riou bedanken, voor de hartelijke ontvangst tijdens mijn onderzoeksperiode in 2005 aan de Parijse universiteiten Paris 1 Panthéon-Sorbonne en de EHESS.

Dank ook aan Wouter van Riessen, die mij toestemming heeft gegeven om zijn mooie schilderij te gebruiken voor de omslag van dit boek. Wanneer ik zijn beeld toepas op de thematiek van dit boek, zie ik er de manier in terug waarop de representaties die wij van onszelf maken nu via medische biotechnologie letterlijk op ons zelf beginnen terug te slaan, als poppen die de poppenspeler ook zelf tot een pop maken.

Natuurlijk wil ik ook mijn vrienden en (schoon)familie bedanken dat ze vanaf het begin tot het einde hebben meegeleefd met de ups en downs van mijn AiO-bestaan. Bovendien bleven zij geduldig hun mening geven als ik hen lastigviel met tamelijk exotische onderwerpen als dwergwerpen, kunstmatige baarmoeders, designer-baby's of de vrijwillige amputatie van ledematen. Jammer genoeg kan ik hier niet iedereen persoonlijk bedanken. Een uitzondering moet ik maken voor mijn vriendinnen Irena Rosenthal en Jarinde Temminck Tuinstra. Niet alleen ben ik heel blij met hun vriendschap, maar ook vind ik het erg leuk dat zij mijn paranimfen willen zijn en kijk ik uit naar de dag dat onze boeken gezusterlijk naast elkaar op de boekenplank staan te pronken.

Op het einde van mijn dankwoord kom ik bij de mensen die op zo'n manier deel van mijn leven uitmaken, dat woorden van dank wel tekort moeten schieten. Ten eerste mijn zus en mijn ouders. Mijn zus Beertje en ik zijn op een punt in ons leven beland dat we allebei een schrijvend bestaan leiden. Ook op dit front is zij mijn grote zus, die meteen doorheeft in welke fase van het intellectuele broedproces ik me bevind en altijd klaar staat om zo nodig een cappuccino bij me naar binnen te gieten. En hoe moet je je ouders bedanken? Natuurlijk zou zonder hen dit boek niet zijn geschreven. Niet alleen ben ik dankzij hen überhaupt geboren, ondanks een gynaecoloog die beweerde dat ik gehandicapt ter wereld zou komen (daarmee hebben mijn ouders eigenlijk het omgekeerde van een wrongful birth afgewend), maar ook hebben zij mij hun bijzondere kijk op de wereld bijgebracht die zijn sporen op dit onderzoek heeft achtergelaten.

Tot slot kan ik niet genoeg woorden vinden om mijn man Rolef te bedanken, zelfs als ik Japans, Thais of een andere taal erbij zou halen die wij proberen ons eigen te maken. Hoe had ik zonder onze "mutual inspiration" en "philosophical quest" dit proefschrift kunnen schrijven?

Amsterdam, 5 juli 2009





# Inhoudsopgave

<b>Dankwoord</b>	<b>V</b>
<b>Lijst van afkortingen</b>	<b>XV</b>
<b>Inleiding</b>	<b>1</b>
<b>DEEL I    HET MENSELIJK LICHAAM EN HET RECHT</b>	<b>11</b>
<b>1    Medische biotechnologie en het mensbeeld van het recht</b>	<b>13</b>
1.1    De mens van de mensenrechten	13
1.2    Menselijke natuur en posthumaniteit	16
1.3    Lichamelijke zelfbeschikking in het biomedische tijdperk	23
1.4    De juridische heropleving van de menselijke waardigheid	35
1.5    Conclusie	45
<b>2    Het juridische onderscheid tussen persoon en zaak</b>	<b>47</b>
2.1    Het juridische kwalificatiesysteem	47
2.2    De artificialistische wortels van het juridisch persoonsbegrip	53
2.3    De naturalistische en ontologische wortels van het persoonsbegrip	67
2.4    De juridische kwalificatie van het lichaam	77
2.4.1    De biotechnologische verwatering tussen persoon en zaak	77
2.4.2    Juridische tussenoplossingen ter kwalificatie van het lichaam	80
2.4.2.1    Kwalificatie als juridische hybride van persoon en zaak	80
2.4.2.2    Kwalificatie als bijzondere zaak	84
2.4.2.3    Kwalificatie als bijzonder deel van de persoon	88
2.5    Conclusie	90

<b>3</b>	<b>Lichamelijke integriteit, zelfbeschikking en menselijke waardigheid</b>	<b>95</b>
	Inleiding	95
3.1	Nederland: lichamelijke integriteit en zelfbeschikking	97
3.1.1	Het lichamenlijk zelfbeschikkingsrecht	97
3.1.2	Zelfbeschikking en informed consent	103
3.1.3	Zelfbeschikking en het recht op lichamenlijke integriteit	109
3.1.3.1	Het recht op onaantastbaarheid van het lichaam (artikel 11 Gw)	110
3.1.3.2	Afweer- of beschikkingsrecht?	114
3.1.3.3	Jurisprudentie over artikel 11 Gw	120
3.1.4	Zelfbeschikking als recht op privacy en als persoonlijkheidsrecht	126
3.1.5	Grenzen aan lichamenlijke zelfbeschikking	136
3.1.6	Het vergeten lichaam van het gezondheidsrecht	144
3.2	Frankrijk: menselijke waardigheid en onbeschikbaarheid van het lichaam	148
3.2.1	Relativering van lichamenlijke zelfbeschikking	148
3.2.2	De waardigheid van de menselijke persoon	153
3.2.3	De twee aspecten van de menselijke waardigheid	158
3.2.4	De 'indisponibilité' van de menselijke waardigheid en het menselijk lichaam	163
3.3	Europa: combinatie van tradities	173
3.3.1	De Europese benadering van bio-ethische kwesties	173
3.3.2	Plaatsbepaling van de belangrijkste bio-ethische principes	177
3.3.3	Hulp bij zelfdoding	183
3.3.4	Transseksualiteit	189
3.3.5	Seksuele vrijheid	198
3.3.6	Lijkschennis	212
3.4	Conclusie	217
<b>4</b>	<b>De juridische gestalten van het menselijk embryo</b>	<b>221</b>
	Inleiding	221
4.1	De status van het embryo in het Nederlandse recht	224
4.1.1	De biomedische en juridische opsplitsing van de status van het embryo	224
4.1.2	Het embryo is geen persoon	231
4.1.2.1	Het embryo is geen rechtssubject	231
4.1.2.2	Het embryo is geen menselijke persoon, maar menselijk leven	233

4.1.3	Het embryo is geen zaak	238
4.1.4	Kritiek op de leer van de progressieve rechtsbescherming	244
4.2	De status van het embryo in het Franse recht	251
4.2.1	Het embryo als 'être humain'	251
4.2.2	De subjectivering van het respect voor menselijk leven	258
4.2.3	De juridische status van het embryo vanuit relationeel perspectief	262
4.3	De status van het embryo in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens	268
4.3.1	Het begin van het recht op leven	268
4.3.2	Vrijwillige en onvrijwillige zwangerschapsafbreking	270
4.3.3	Kunstmatige voortplanting	280
4.4	Conclusie	285
<b>5</b>	<b>Wrongful birth en wrongful life</b>	<b>289</b>
	Inleiding	289
5.1	Wrongful birth	291
5.1.1	Algemeen	291
5.1.2	Wrongful birth in Duitsland	295
5.1.3	Wrongful birth in Nederland	296
5.1.4	Een vergelijking met de Franse benadering van wrongful birth	307
5.1.5	Wrongful birth en de moralisering van het recht	310
5.2	Wrongful life	313
5.2.1	Wrongful life in Nederland	313
5.2.1.1	Van wrongful birth naar wrongful life	313
5.2.1.2	Wrongful life als vergoeding voor een 'deerniswekkend bestaan'	316
5.2.1.3	De betekenis van menselijke waardigheid in het Baby Kelly-arrest	324
5.2.1.4	Wrongful life als vergoeding voor aangeboren handicaps	330
5.2.2	Wrongful life in Frankrijk	336
5.2.2.1	Voorgeschiedenis van een controverse	336
5.2.2.2	Het Perruche-arrest	340
5.2.2.3	De juridische controverse rond de Perruche-jurisprudentie	346
5.2.2.4	Een menswaardig bestaan?	352
5.3	Conclusie	359

<b>DEEL II</b>	<b>HET JURIDISCHE PERSOONSBEGRIIP EN DE MEDISCHE BIOTECHNOLOGIE</b>	<b>365</b>
<b>Inleiding</b>		<b>367</b>
<b>6</b>	<b>De technische functie van het juridische persoonsbegrip</b>	<b>373</b>
6.1	Het technisch-juridisch persoonsbegrip als abstractie	373
6.2	De technisch-juridische fictie	379
6.3	De verhouding van het technisch-juridisch persoonsbegrip tot het lichaam	395
6.4	Het Franse debat tussen artificialisten en realisten	405
6.5	Het juridisch artificialisme en het zelfbeschikkingsrecht	410
6.6	Conclusie	416
<b>7</b>	<b>De biologisering van het juridische persoonsbegrip</b>	<b>423</b>
	<b>Inleiding</b>	<b>423</b>
7.1	De inbedding en inkleuring van het technisch-juridisch persoonsbegrip	428
7.2	De verschijning van het menselijk lichaam in het recht	432
7.3	Biologische en medische criteria in het recht	439
7.3.1	De biologische kenmerken van de persoon in het recht	439
7.3.2	Betwisting en vervloeiing van de biologische grenzen in het recht	440
7.3.3	Drie vervagende biologisch-juridische grenzen nader beschouwd	445
7.3.4	De nieuwe taakstelling van het recht	454
7.4	Neonaturalisme en bioconservatisme	456
7.5	Van biomacht naar biorecht	468
7.6	Rechtswetenschap en biomedische wetenschap	478
7.6.1	Het recht in de ban van 'de wetenschappelijke ontwikkelingen'	479
7.6.2	De rechtswetenschap in de ban van de empirische wetenschappen	482
7.7	De juridische dimensie van wetenschap in actie	489
7.8	De autonome functie van het recht bij de normering van de biomedische praktijk	497
7.9	Ontrechting en dehumanisering	500
7.10	Arendts kritiek op de mensenrechten	505
7.11	Het recht en het naakte leven	510
7.12	Conclusie	521

<b>8</b>	<b>De symbolische dimensie van het juridische persoonsbegrip</b>	<b>525</b>
8.1	Het 'irrationeel restant' van het recht	525
8.2	De symbolische dimensie van het biorecht	542
8.2.1	Het tekort van het lichamelijk zelfbeschikkingsrecht	542
8.2.2	De onttrekking van het lichamelijk domein aan het handelsverkeer	546
8.2.3	De symbolische status van het lijk in het recht	555
8.2.4	Het verbod op bepaalde vormen van kunstmatige voortplanting	564
8.3	De menselijke persoon als antropologische montage	573
8.4	Desymbolisering en resymbolisering van de juridische persoon	587
8.4.1	Taboes rondom het menselijk lichaam	587
8.4.2	Subjectivering en privatisering van taboes	589
8.4.3	De natuurwetenschappelijke betwisting van taboes	600
8.4.4	Resymbolisering van de juridische persoon	605
8.5	De principiële ambivalentie van de menselijke waardigheid	610
8.5.1	De menselijke persoon als eenheid van geest en lichaam	610
8.5.2	Filosofisch-antropologische benaderingen van de menselijke persoon	617
8.5.3	De ambivalentie van het symbolisch-juridische persoonsbegrip	624
8.5.4	Naar een constructivistische fundering van de mensenrechten	630
8.6	De menselijke persoon als ruimte in het recht	633
8.7	De antropologische functie van het recht	646
8.7.1	De humaniserende fictie van de menselijke waardigheid	646
8.7.2	De inbedding van pasgeboren leven in de rechtsorde	652
8.7.3	De symbolisch-juridische bemiddeling van nieuwe biomedische hybriden	661
8.8	Kritiek op de antropologische functie van het recht	672
8.9	De inherente dialectiek van het symbolisch-juridisch persoonsbegrip	685
8.9.1	Tussen artificialisme en realisme	685
8.9.2	Tussen recht en politieke moraal	687
8.9.3	Tussen bepaalbaarheid en onbepaalbaarheid	691
8.9.4	Tussen vrijheid en gebondenheid	696
8.10	Conclusie	705

<b>Concluderende samenvatting</b>	<b>709</b>
<b>Summary</b>	<b>725</b>
<b>Geraadpleegde literatuur</b>	<b>733</b>
<b>Jurisprudentie</b>	<b>759</b>
<b>Personen-, zaken- en hybridenregister</b>	<b>765</b>

# Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
A-G	Advocaat-Generaal
APD	Archives de Philosophie de Droit
art.	artikel
A&V	Aansprakelijkheid en Verzekering
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BW	Burgerlijk Wetboek
CA	Cour d'Appel
Cass. 1 <sup>re</sup> civ.	Cour de Cassation, première chambre civile
Cass. ass. plén.	Cour de Cassation, Assemblée Plénière
CC	Conseil Constitutionnel
C.civ.	Code Civil
CCMO	Centrale commissie mensgebonden onderzoek
CCNE	Comité Consultatif National d'Éthique
CE	Conseil d'État
D.	Recueil Dalloz
diss.	dissertatie
EHRC	European Human Rights Cases
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens
GG	Grundgesetz
GP	Gazette du Palais
Gw	Grondwet
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad der Nederlanden
io.	iuncto
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
IVF	in vitro fertilisatie
IVG	interruption volontaire de grossesse (abortus provocatus)
JCP	Juriclasseur – La Semaine Juridique, Edition Générale



LPA	Les Petites Affiches
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM Bull.	NJCM-Bulletin
NjW	Nieuw Juridisch Weekblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
P-G	Procureur-Generaal
PGD	preïmpantatie genetische diagnostiek
Pres.	President
Rb	Rechtbank
RGDM	Revue Générale de Droit Médical
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
r.o.	rechtsoverweging
RvdW	Rechtspraak van de Week
R&R	Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RW	Rechtskundig Weekblad
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
TvG	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
TvP	Tijdschrift voor Privaatrecht
VRMB	Verdrag inzake de Rechten van de Mens en de biogeneeskunde
WAZ	Wet afbreking zwangerschap
WBMV	Wet op bijzondere medische verrichtingen
WGBO	Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst
WLB	Wet op de lijkbezorging
WMK	Wet medische keuringen
WMO	Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen
WOD	Wet op de orgaandonatie
WPNR	Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie
WTL	Wet toetsing levensbeëindiging
UVRM	Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens

# Inleiding

Het rechtssubject begint een volledig lichaam te krijgen: organen (*Wet op de orgaandonatie*), bloed (*Wet inzake de bloedvoorziening*), het menselijk genoom (*Universele Verklaring over het Menselijk Genoom en de Mensenrechten*), en weefsels en cellen (*Wet veiligheid en kwaliteit lichaamsmateriaal*) maken reeds deel uit van zijn juridische lichaam. Ook het lijk (*Wet op de lijkbezorging*), geslachtscellen en het embryo (*Embryowet*) hebben een plaats in het recht verworven. In andere wetten staat de mens in zijn lichamelijke verschijningsvorm centraal, zoals in de *Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst*, de *Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen* en de *Wet op bijzondere medische verrichtingen*.

Hoewel de juridische persoon normaliter een abstractie vormt van de mens uit de geleefde werkelijkheid, is volledige abstrahering van de lichamelijke aspecten van het menselijk bestaan een luxe die het recht zich bij de regulering van de biomedische technieken niet kan permitteren. De biomedische ontwikkelingen raken de mens nu juist in de lichamelijke dimensie van zijn bestaan. Gedachtevorming over de plaats van het menselijk lichaam in het recht is sinds de opkomst van de medische biotechnologie noodzakelijk geworden.

Bij die gedachtevorming treedt een opvallend gegeven in het vizier: in de biomedische praktijk fungeert de persoon tegelijkertijd als het subject en het object van de ingrepen. Het is niet langer uitsluitend de ons omringende natuur die onderworpen wordt aan het menselijke kunnen, maar ook de *eigen* menselijke natuur. De mogelijkheden van de hedendaagse “antropotechnieken”, om een uitdrukking van de Duitse filosoof Sloterdijk te gebruiken,<sup>1</sup> voegen een revolutionair nieuwe dimensie toe aan de beschikkingsmacht die de mens heeft over lichaam en leven. De biologische grenzen die het menselijk leven tekenen zijn niet langer vanzelfsprekend, maar worden in toenemende mate het product van menselijke beslissingen en constructies. Zelfs de grenzen van de dood, de geboorte, het seksverschil en de menselijke soort blijken onderhevig aan verandering en keuzes.

Deze uitbreiding van de beschikkingsmacht resulteert interessant genoeg in zowel een subjectivering als objectivering van de mens, twee tendensen die elkaar wederzijds versterken. Een subjectivering omdat de wens tot zelfontplooiing en zelfverwerkelijking dankzij deze technieken ook op fysiek niveau steeds meer kan worden gerealiseerd. Een objectivering omdat het menselijk lichaam en zijn onderdelen via deze technieken tot het object wordt van manipulatie,

---

1 P. Sloterdijk, *Regels voor het mensenpark*, Amsterdam/Meppel: Boom 2000.

opsplitsing, donatie en medisch-wetenschappelijk gebruik. De grenzen tussen de subject-dimensie en object-dimensie van het menselijk bestaan komen daarmee onder druk te staan. Is de mens vooral het subject of het object van de medische biotechnologie? Habermas spreekt in deze context van een “biotechnische Entdifferenzierung von tief verwurzelten kategorialen Unterscheidungen, die wir in unseren Selbstbeschreibungen bisher als invariant unterstellt haben.”<sup>2</sup>

Ook voor de jurist begint deze ‘Entdifferenzierung’, ofwel de vervaging van bestaande categorieën en onderscheidingen, steeds apertere vormen aan te nemen. Juridische begrippen als persoon en zaak, schade en causaliteit, eigendomsrecht en persoonlijkheidsrecht, vragen om nieuwe en nadere afbakeningen. Met name de status van het lichaam en het embryo, evenals van lichamelijk en embryonaal materiaal, is onduidelijk. Dergelijk ‘materiaal’ gaat voorbij aan de juridische tweedeling in personen en zaken: het lichaam en het embryo zijn noch volledig te kwalificeren als persoon, noch als zaak. Het onderscheid tussen rechtssubjectiviteit en rechtsobjectiviteit, tussen *être* et *avoir*, is wanneer het het lichamelijk domein betreft uiterst diffuus.

Een belangrijke kwestie die hiermee samenhangt is de beschikkingsvrijheid ten aanzien van het lichaam en het embryo: voor welke doeleinden kan het worden geëxploiteerd of gemodificeerd, en voor welke doeleinden niet? Bij ongeclausuleerde kwalificatie als zaak zouden het lichaam en het embryo onder hetzelfde regime vallen als ieder ander product, en dus ook verhandelbare waar zijn. Wanneer het lichaam daarentegen volledig als onvervreemdbaar deel van de persoon wordt beschouwd, wordt het praktisch onmogelijk de situaties waarin het lichaam als object functioneert juridisch te normeren. De persoonskwalificatie kan geen juridisch kader bieden in het geval van bijvoorbeeld lijkbezorging, orgaandonatie en embryo-opslag.

Op die manier doet zowel de zaaks- als de persoonskwalificatie tekort aan de lichamelijke dimensie van het menselijk bestaan. Omdat de tweedeling in personen en zaken aan de basis van het rechtssysteem staat, raakt de biomedische bevraging van dit begrippenpaar aan de fundamenteën van het juridische denk-kader. De vragen waarmee de biomedische ontwikkelingen het recht confronteren, zijn dermate fundamenteel dat ze lijken aan te sturen op paradigmatische veranderingen binnen het bestaande rechtssysteem.

Zo is het in deze statuskwesties niet slechts ‘de samenleving’ waarmee het recht zich bemoeit, maar begint men zich in het recht een oordeel te vormen over hetgeen traditioneel tot het domein van ‘de natuur’ werd gerekend. De opkomst van de medische biotechnologie brengt daarom volgens sommigen een *colonization*

2 J. Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt: Suhrkamp 2005, p. 77.

of the natural by the just met zich.<sup>3</sup> De *wrongful life claim*, zoals die in 2005 in Nederland werd erkend in de *Baby Kelly*-zaak, is daarvan een goed voorbeeld. De Hoge Raad kwalificeerde in deze zaak het leven van de gehandicapt geboren Kelly Molenaar als een bron van schade waar derden aansprakelijk voor kunnen zijn, niet alleen ten opzichte van de ouders, maar ook ten opzichte van Kelly zelf. Net als de kwestie van het gebruik van lichaams- en embryonaal materiaal, stelt de *wrongful life claim* de verhouding van het recht tot de mens in zijn fysieke, concrete aspecten ter discussie. Kelly had niet anders dan in een gehandicapt lichaam geboren kunnen worden. Kan het recht dit biologische feit naast zich neerleggen? Hoe moet het recht aanknoping zoeken bij de biologische werkelijkheid? Hoe moet het lichaam door het recht worden gerepresenteerd? Het enige wat vooralsnog vaststaat, is dat er hier sprake is van een geheel nieuwe taakstelling van het recht.

Daarmee hangt een tweede punt samen. De bemoeienis van het recht beperkt zich niet tot de regulering van het sociale verkeer, maar strekt zich op deze manier mede uit over de relatie van een ieder tot zijn eigen lichaam en zijn voortplantingsmateriaal. Het recht heeft dan behalve een intersubjectief, ook een *intrasubjectief* bereik. Deze bemoeienis met het zelf wordt gerechtvaardigd op grond van een gedeelde menselijkheid. In onze lichamelijkheid zijn we niet alleen individu, maar maken we ook deel uit van een groter geheel met wie we onze fysieke verschijningsvorm delen: de menselijke soort. Een handeling die op het eerste gezicht alleen het embryo of het individu betreft, kan in die redenering eveneens implicaties hebben voor de collectieve belangen van de menselijke soort, belangen die door de rechtsgemeenschap tegen de individuele handelingsvrijheid kunnen worden ingebracht. Tegen deze achtergrond kan het wettelijk verbod op het klonen van mensen ('reproductief kloneren'), op bepaalde vormen van genetische manipulatie ('kiembaangetherapie') en op de creatie van mensdier-combinaties begrepen worden.

Regulering van de medische biotechnologie die niet volledig berust op vrije marktwerking, maar uitgaat van enige vorm van centrale sturing, vraagt om een nieuw soort recht. Bij gebreke aan een gedeeld geloof in een hogere macht, en als gevolg van een algemene weigering zich neer te leggen bij 'de loterij van de natuur', is het aan onszelf om regels op te stellen omtrent de toekomst van de menselijke soort. In die zin ben ik het met de veel bekritiseerde stelling van Sloterdijk eens dat het er "in de toekomst wel op [zal] aankomen het spel actief mee te spelen en een codex van antropotechnieken te formuleren."<sup>4</sup> Die codex zal in de taal van het recht moeten worden gegoten.

3 A. Buchanan, D. Brock, N. Daniels en D. Wikler, *From chance to choice: Genetics and justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, p. 82.

4 Sloterdijk 2000, p. 39.

Het probleem is dat het benodigde juridische vocabulaire om een dergelijke codex te schrijven zich vooralsnog in een embryonaal stadium bevindt. De rechtstheoretische discussies over menselijke waardigheid en lichamelijke zelfbeschikking, over het juridisch persoons- en zaaksbegrip, en over de status van het lichaam en het embryo, worden alle gekenmerkt door een juridisch dualisme dat weinig ruimte laat voor een conceptualisering van de lichamelijke dimensie van het menselijk bestaan. Inmiddels wordt en is dan ook nieuw vocabulaire tot stand gebracht. In dat nieuwe, juridische vocabulaire is een voorname plaats voor een ouder beginsel weggelegd: de menselijke waardigheid. Achter dit beginsel gaat in de context van de medische biotechnologie echter een vernieuwend concept schuil.

### *Onderzoeksdoel*

Centraal in dit onderzoek staat de relatie van de persoon tot zijn lichaam vanuit juridisch perspectief. Van oudsher heeft het recht zich overwegend afzijdig gehouden van kwesties die het menselijk lichaam betreffen. De zakelijke, abstracte taal van het recht is ook weinig geschikt om de bijzondere status die het lichaam in de samenleving en cultuur heeft, tot uitdrukking te brengen. Tot voor kort vormde deze leemte geen probleem. De opkomst van de medische biotechnologie heeft daar evenwel verandering in gebracht.

De regulering van de biomedische praktijk confronteert het recht met een problematiek waarop het bestaande juridische begrippenapparaat nauwelijks is voorbereid. Wat is de juridische status van het menselijk lichaam, embryo en daarvan afgeleide materialen? Tot welke hoogte kan men vrijelijk beschikken over het eigen lichaam? Welke beginselen liggen aan de juridische begrenzingen van de biomedische ontwikkelingen ten grondslag? En hoe verhoudt het recht zich tot de biologische werkelijkheid bij de regulering van biomedische handelingen?

Bij de bestudering van de juridische regulering van de medische biotechnologie stuit de rechtsgeleerde al snel op een tekort aan juridisch vocabulaire ten aanzien van het menselijk lichaam en het menselijk leven in biologische zin. Uit regelgeving en jurisprudentie spreekt op verschillende manieren de gedachte dat het lichaam geen willekeurig voorwerp vormt, en dat de ruimte om over het eigen lichaam te beschikken beperkt is. Zowel de bijzondere status en bescherming van het lichaam die in het recht tot uitdrukking komen, als de beperkingen die aan de beschikking over het menselijk lichaam en leven worden gesteld, zijn echter moeilijk te duiden op basis van het onderscheid tussen *persoon* en *zaak* of in termen van subjectieve rechten en vrijheden.

De rechtspraktijk rondom medische biotechnologie heeft aanleiding gegeven tot de vorming van nieuwe juridische constructies en concepten die aan de lichamelijke dimensie van het menselijk bestaan recht kunnen doen. Deze constructies en concepten zijn tot op heden relatief onderbelicht gebleven in de rechtsdogmatiek. Het gevolg is dat men niet goed in staat is om de juridische beschermwaar-

digheid en eigen status van het menselijk lichaam op rechtswetenschappelijk niveau tot uitdrukking te brengen en te verklaren. Hoofddoel van mijn onderzoek is een bijdrage te leveren aan de ontwikkeling van een conceptueel kader waarin de bijzondere positie van het lichaam in het recht kan worden geduid, en waarin de vernieuwende aspecten van de regelgeving op biomedisch terrein kunnen worden benoemd en van een uitleg worden voorzien.

In dit proefschrift zal ik vooral ingaan op de juridische grenzen die aan lichamelijke zelfbeschikking worden gesteld in het kader van de normering van de biomedische ontwikkelingen. Daarvoor zijn twee redenen. Ten eerste zijn de beperkingen die worden gesteld aan het gebruik en de ontwikkeling van biomedische technieken karakteristiek voor de regelgeving op dit terrein. De bestaande regulering roept daarmee vooral de vraag op wat de ratio is van de vele wettelijke verboden en inperkingen die in dit rechtsgebied werkzaam zijn. Een tweede reden is dat het juridische beginsel van zelfbeschikking in het Nederlandse gezondheidsrecht uitgebreid is gethematiseerd, zodat het vooral de grenzen aan zelfbeschikking zijn die interessant zijn en om nadere gedachtevorming vragen. Dat daarmee de vrijheidsbeperkende aspecten van biomedische regelgeving relatief veel aandacht krijgen, moet echter niet worden uitgelegd als een ontkenning van de fundamentele rol die het beginsel van zelfbeschikking in de rechtsorde te vervullen heeft.

Betoogd zal worden dat het sleutelbegrip binnen de gedachtevorming over recht en medische biotechnologie door de juridische persoon wordt gevormd. De centrale positie van het beginsel van de menselijke waardigheid in het juridisch kader rondom de medische biotechnologie kan tegen die achtergrond worden uitgelegd. Als reactie op de uitdaging waarvoor de biomedische ontwikkelingen het recht heeft geplaatst, is een belichaamd juridisch persoonsbegrip tot stand gebracht. Deze belichaamde juridische persoonlijkheid ligt besloten in het mensbeeld van de menselijke waardigheid.

### *Plan van behandeling*

Het onderzoek bestaat uit twee delen. In het eerste deel wordt de juridische inkadering van het menselijk lichaam en het embryo geanalyseerd. Het menselijk lichaam is moeilijk in te passen in het traditionele rechtssysteem. In dit deel van het onderzoek wordt daarom bekeken welke juridische constructies en toepassingen zijn ontwikkeld ter regulering van de biomedische ontwikkelingen. Daarbij zal blijken dat het recht in deze kwesties terugvalt op een mensbeeld, waarin de verhouding van de persoon tot zijn lichaam gestalte kan krijgen.

Het tweede deel is gericht op een analyse van dit juridische mensbeeld. Daartoe wordt een onderscheid gemaakt tussen drie persoonsbegrippen die in het recht worden gehanteerd. Deze verschillende persoonsbegrippen drukken ook ieder hun stempel op de rechtstheoretische discussies over de taak van het recht bij de normering van de biomedische praktijk.

Hoewel beide delen elementen van een positiefrechtelijke en een rechtstheoretische benadering in zich verenigen, ligt in deel 1 het zwaartepunt bij een analyse van het geldende recht, terwijl deel 2 een meer abstracte beschouwing over de betekenis van het juridische persoonsbegrip biedt. Hieronder volgt een hoofdstuksgewijze beschrijving.

In hoofdstuk 1 wordt de problematiek waarmee de biomedische ontwikkelingen het recht confronteren in algemene termen uiteengezet. De opkomst van de medische biotechnologie stelt het juridisch mensbeeld, dat tot nu toe stilzwijgend in het recht aanwezig was, ter discussie. Die discussie wordt met name gevoerd via de concepten van lichamelijke zelfbeschikking en menselijke waardigheid. Op die manier wordt de jurist gedwongen tot nadere reflectie over het juridisch persoons- en zaaksbegrip.

De manier waarop het juridisch persoons- en zaaksbegrip in het recht functioneert wordt in hoofdstuk 2 bekeken. Daarbij wordt eveneens ingegaan op een aantal fasen in de historische ontwikkeling van dit onderscheid. Binnen de ontwikkeling van het persoonsbegrip kunnen twee tradities worden onderscheiden. De eerste traditie, die artificialistisch kan worden genoemd, gaat terug op het Romeinse recht. De tweede, meer naturalistische traditie heeft haar wortels in het middeleeuwse canonieke recht. Het verschil tussen beide benaderingen is gelegen in de wijze waarop via het persoons- en zaaksbegrip wordt gerefereerd aan de fysieke werkelijkheid. Beide tradities kenmerken zich echter door een bepaalde vorm van dualisme, waarbinnen het lichaam zich slecht laat inpassen.

In de twee daarop volgende hoofdstukken wordt de juridische status van het lichaam (hoofdstuk 3) en het embryo (hoofdstuk 4) vanuit meer publiekrechtelijk perspectief bestudeerd. Gezien de tekortkomingen van het juridische persoon-zaak-onderscheid bij de kwalificatie van het menselijk lichaam, is de vraag hoe dan wel juridisch gestalte wordt gegeven aan de lichamelijke dimensie van het bestaan. In deze hoofdstukken zal blijken dat daartoe in het recht gebruik wordt gemaakt van een aantal juridische beginselen, die per rechtsstelsel verschillen. De Nederlandse benadering wordt traditioneel gekenmerkt door de nadruk op de beginselen van lichamelijke integriteit en lichamelijke zelfbeschikking. In de Franse benadering zijn daarnaast de menselijke waardigheid en het principe van *l'indisponibilité du corps humain* sterk gerepresenteerd. Op Europees niveau treffen we een mengvorm van beide benaderingen aan. Voor de duiding van de status van het embryo is in de verschillende rechtssystemen een nieuw beginsel ontwikkeld: het respect voor menselijk leven. Ook de juridische uitwerking van dit respect vertoont echter in het Nederlandse, Franse en Europese recht een aantal opvallende verschillen.

De verhouding tussen de beginselen van menselijke waardigheid en zelfbeschikking, evenals de twee in hoofdstuk 2 beschreven tradities, worden in de discussies rondom wrongful birth en wrongful life vorderingen op scherp gesteld

(hoofdstuk 5). Daarbij komt de verhouding van de juridische persoon tot de biologische werkelijkheid in volle omvang ter discussie te staan.

Het tweede deel van dit onderzoek (hoofdstukken 6, 7 en 8) is gericht op de functie van het juridisch persoonsbegrip bij de regulering van de medische biotechnologie. De thema's die in deel 1 de revue hebben gepasseerd, worden hier in hun onderlinge samenhang behandeld. Met andere woorden, in dit deel poog ik tot een synthese te komen. Daarmee moet het mogelijk worden de taak van het recht bij de regulering van de medische biotechnologie nader onder woorden te brengen. Daartoe maak ik een onderscheid tussen drie verschillende aspecten van de juridische persoonlijkheid: een technisch-juridisch persoonsbegrip (hoofdstuk 6), een biologisch-juridisch mensbeeld (hoofdstuk 7) en een symbolisch-juridisch persoonsbegrip (hoofdstuk 8). Deze driedeling kan een inzicht verschaffen in de relatie van het recht tot de biomedische werkelijkheid. Met name het derde en laatste persoonsbegrip, dat overeenkomt met het mensbeeld van de menselijke waardigheid, is van essentieel belang om de bestaande juridische regulering van de medische biotechnologie te kunnen doorgronden.

### *Methode en afbakening*

Het thema van het onderzoek nodigt uit tot een interdisciplinaire benadering. Doelstelling van het onderzoek is weliswaar om tot een analyse te komen van het juridische denkkader en zijn grondslagen bij de regulering van de medische biotechnologie. Bij de verkenning van de juridische grondslagen is echter een breder gezichtspunt dan de strikt juridische invalshoek noodzakelijk en onvermijdelijk. Op een beladen terrein als dat van de medische biotechnologie, waar kwesties over lijf, leven en dood spelen, is de juridische problematiek onlosmakelijk verbonden met afwegingen van ethische, antropologische en filosofische aard. Zo zal ik een begrip als de menselijke waardigheid niet alleen analyseren als onderdeel van het geldende recht (hetgeen met name in deel 1 van het onderzoek gebeurt), maar ga ik eveneens in op de filosofische achtergronden van dit voor de westerse cultuur normatieve mensbeeld (zoals met name in deel 2 van het onderzoek zal blijken). Het uitgangspunt van deze filosofische excursies is evenwel om tot een verdieping van de kennis over dit fundamentele, juridische beginsel te komen. De interdisciplinaire aanpak staat daarmee in dienst van een rechtswetenschappelijk doel, namelijk om tot een beter begrip van het recht op dit terrein te komen. Met andere woorden, voor een juiste analyse van de juridische grondbegrippen die in het geding zijn bij de regulering van de medische biotechnologie, is een breder perspectief een vereiste. Bij de beantwoording van de belangrijkste onderzoeksvragen – hoe wordt het menselijk lichaam in het recht gerepresenteerd, hoe verhoudt het recht zich tot de biologische aspecten van het menselijk bestaan, welk beeld van de biomedische wetenschap wordt in het recht gehanteerd, welk mensbeeld ligt in de bioethische regelgeving verankerd etc. – bieden met name



de wetenschapsfilosofie, ethiek en de filosofische antropologie bruikbare inzichten en perspectieven.

De bedoeling van deze interdisciplinaire benadering is daarmee niet zozeer om mijn persoonlijke visie op deze bioethische kwesties te verwoorden, om tot een ethische evaluatie van de regelgeving te komen, of om een totaaltheorie over menselijke waardigheid en zelfbeschikking te ontwerpen, maar inzicht te creëren in de juridische voorstelling en symbolisering van de biologische aspecten van het menselijk leven.

Wat de verschillende rechtsgebieden betreft, zal de nadruk liggen op het grondrechtelijke en privaatrechtelijke perspectief. Begrippen als lichamelijke zelfbeschikking, lichamelijk integriteit en menselijke waardigheid laten zich het best tegen de achtergrond van de mensenrechten begrijpen. Voor de bestudering van het juridisch onderscheid tussen persoon en zaak leent een analyse van het uitgebreide kwalificatiesysteem waarop het privaatrecht steunt, zich goed.

Tot slot is het, gezien de breedte van dit onderzoek, praktisch onmogelijk alle relevante thema's te behandelen, en moet er noodgedwongen een keuze worden gemaakt. Daardoor zal ik kwesties als euthanasie, prostitutie en draagmoederschap, die interessante vragen opwerpen over de plaats van het lichaam in het recht, slechts zijdelings behandelen. Wat de regulering van de medische biotechnologie betreft, worden onder meer de wettelijke veiligheidsvoorschriften voor de opslag van menselijk materiaal niet besproken (*Wet foetaal weefsel* en *Wet veiligheid en kwaliteit lichaamsmateriaal*). Evenmin wordt ingegaan op de problematiek van intellectuele eigendomsrechten op menselijk materiaal.

### *Rechtsvergelijking*

In dit onderzoek wordt voornamelijk gebruik gemaakt van Nederlandse en Franse bronnen, hoewel op sommige plaatsen ook aan Duitse en angelsaksische literatuur wordt gerefereerd. Omdat verwijzing naar Franse literatuur in de hedendaagse Nederlandse rechtsdogmatiek niet gebruikelijk is, heb ik ervoor gekozen om de geciteerde Franse passages zoveel mogelijk ook kort in het Nederlands samen te vatten, en zo aan het gemak van de lezer tegemoet te komen.

De reden dat aan het Franse recht en de Franse rechtstheoretische literatuur een prominente plaats toekomt in dit onderzoek, is dat de thema's die in dit onderzoek aan de orde komen in Frankrijk op een andere wijze zijn geproblematiseerd dan in Nederland. De Franse rechtstheoretische reflectie over de plaats van het menselijk lichaam in het recht kent een uitgebreide, rijke traditie, ook met betrekking tot de medische biotechnologie.

In de Nederlandse rechtsdogmatiek is er daarentegen tot op heden opvallend weinig literatuur verschenen over de positie van het lichaam in het recht. De bestaande literatuur is hetzij specifiek, zoals de vele publicaties over afzonder-

lijke onderwerpen als euthanasie of de juridische status van het embryo; hetzij grootschaliger, zoals de gezondheidsrechtelijke handboeken, bundels en inleidingen. Uitgebreide studies die specifiek de juridische status van het lichaam betreffen, ontbreken vooralsnog.

In Frankrijk is gedachtevorming op dit terrein al in een vroeg stadium tot stand gekomen. Daaraan heeft het *Comité Consultatif Nationale d'Éthique* (CCNE)<sup>5</sup> een belangrijke bijdrage geleverd. Reeds sinds begin jaren tachtig heeft dit nationale adviesorgaan invloedrijke rapporten uitgebracht over kwesties die aan de medische biotechnologie raken. Daardoor was de weg naar wetgeving op dit terrein tot op zekere hoogte reeds bereid. Al in 1994 bracht de Franse wetgever bioethische wetgeving tot stand over orgaandonatie, in vitro fertilisatie, handelingen met het embryo en de opslag van lichaamsmateriaal. Deze drie zogenaamde bio-ethiekwetten omvatten echter niet alleen ad hoc regelingen, maar brachten ook een overkoepelend wettelijk kader voor de regulering van de medische biotechnologie tot stand. De aanpak van de Franse wetgever kan daarmee als principieel en systematisch worden gekarakteriseerd. In de bio-ethiekwetten zijn de centrale juridische beginselen op dit terrein, zoals de menselijke waardigheid, de lichamelijke integriteit en de non-commercialiteit van het menselijk lichaam, geëxpliciteerd. Deze principes zijn in een afdeling van de Code Civil ondergebracht.<sup>6</sup> Daarnaast hebben beginselen als de menselijke waardigheid en de *indisponibilité du corps humain* een plaats verworven in de jurisprudentie. Zo heeft de Conseil Constitutionnel de menselijke waardigheid als constitutioneel beginsel erkend.<sup>7</sup>

De principiële benadering in de wetgeving en jurisprudentie hebben aanleiding gegeven tot uitgebreide, rechtsdogmatische gedachtevorming over de onderliggende beginselen van de juridische bepalingen die naar aanleiding van de biomedische ontwikkelingen tot stand worden gebracht. Het resultaat is dat in er in de Franse rechtsdogmatiek niet alleen beschouwingen zijn gewijd aan autonomie en zelfbeschikking, zoals in Nederland het geval pleegt te zijn, maar dat ook over de menselijke waardigheid en de beperkingen van het lichamelijke zelfbeschikkingsrecht de nodige, rechtswetenschappelijke literatuur is verschenen. In Nederland is de literatuur over de menselijke waardigheid als juridisch beginsel daarentegen nog tamelijk beperkt, hoewel het principe zowel in nationaal als internationaal recht in belang toeneemt, met name in de context van medische biotechnologie.

5 Zie <[www.ccne-ethique.fr](http://www.ccne-ethique.fr)>. De opdracht van het CCNE is wettelijk vastgelegd: "Le Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé a pour mission de donner des avis sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé" (art. L. 1412-1 Loi no. 2004-800 du 6 août 2004).

6 Art. 16 e.v. Code Civil.

7 In het zogenaamde *Bioéthique*-oordeel (Conseil Constitutionnel 27 juli 1994, *Recueil Dalloz* 1995, p. 237, m.nt. B. Mathieu).

Tot slot kan worden vastgesteld dat in het Nederlandse rechtstheoretische debat over de biomedische technieken vooral een beroep wordt gedaan op angelsaksische gedachtevorming, zodat een nadere blik op het Franse *discours* een interessant, aanvullend perspectief biedt.

# DEEL I

## HET MENSELIJK LICHAAM EN HET RECHT



# 1 Medische biotechnologie en het mensbeeld van het recht

## 1.1 De mens van de mensenrechten

Alle mensen worden vrij en gelijk in waardigheid en rechten geboren. Zij zijn begiftigd met verstand en geweten, en behoren zich jegens elkander in een geest van broederschap te gedragen.

Dit is de mens van de mensenrechten, zoals vastgelegd in de raadselachtige bewoordingen van artikel 1 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Raadselachtig, want wat wordt er met deze woorden uitgedrukt? Ondanks de descriptieve toon van het eerste gedeelte ('worden vrij en gelijk geboren', 'zijn begiftigd met verstand en geweten'), kunnen deze woorden onmogelijk worden beschouwd als een waarheidsgetrouwe beschrijving van de mens. Uitgerekend de wandaden van de Tweede Wereldoorlog, die de directe aanleiding vormden voor de totstandkoming van de Universele Verklaring en de mensenrechtenverdragen, hebben pijnlijk duidelijk gemaakt hoe vrijheid en gelijkheid niet van nature gegeven zijn, maar deel uitmaken van een ideaalbeeld dat telkens opnieuw moet worden bevochten. Het spiegelbeeld van de mensenrechten wordt dan ook gevormd door de misdrijven tegen de menselijkheid, die sinds de processen van Neurenberg tot de belangrijkste delicten van het internationale strafrecht zijn gaan behoren. Vooral het verlangen naar een vreedzame toekomst, waarin mensen in vrijheid en gelijkheid kunnen leven, heeft ten grondslag gelegen aan de naoorlogse mensenrechtenverklaringen en -verdragen, niet de feitelijke gedragingen.

De mens van de mensenrechten correspondeert dan ook niet met de mens van vlees en bloed uit het dagelijkse leven, maar is een *homme rêvé*, een gedroomde mens, schrijft hoogleraar internationaal recht Delmas-Marty.<sup>8</sup> Zo is in de biologische werkelijkheid weinig terug te zien van de fundamentele vrijheid, gelijkheid en waardigheid van de mens. Sterker nog, volgens Delmas-Marty kunnen de mensenrechten worden beschouwd als "une protestation contre la nature, un

---

8 M. Delmas-Marty, "Certitude et incertitudes du droit", in: H. Atlan, M. Augé, M. Delmas-Marty, R.-P. Droit en N. Fresco, *Le clonage humain*, Parijs: Seuil 1999, p. 107.

refus d'être enfermés dans les limites de l'homme biologique.”<sup>9</sup> De gedroomde mens van het recht is in zekere zin een juridische en filosofische constructie, gebonden aan tijd en plaats, ondanks de tijdloze en universele pretenties waarmee het mensbeeld van de mensenrechten is omringd. In deze mens, “cet être absolument improbable”,<sup>10</sup> zijn de dromen, wensen en fantasma's die kenmerkend zijn voor de westerse samenleving samengeballd.

Het doel van deze juridische symbolisering van de mens is er echter niet minder belangrijk om: volgens de filosofie van de mensenrechten vormt dit mensbeeld de hoogste waarde binnen de orde van het recht. Het mensbeeld van het recht is in die zin een noodzakelijke fictie, zoals het recht het in meer algemene zin niet zonder ficties kan stellen. Wat dat betreft is men in deze tijd van mensenrechtenverdragen en -tribunalen meer dan ooit ervan doordrongen dat “zonder droom het recht niet kan leven”.<sup>11</sup>

Hoewel dit fictieve mensbeeld het meest expliciet op de voorgrond treedt in de context van de mensenrechten, werkt het door tot in de fundamenteën van het rechtssysteem. Zonder de vooronderstellingen van vrijheid en gelijkheid zou het recht niet kunnen functioneren. Zo zou de juridische normering van menselijke gedrag zonder de aanname van vrije wilsvorming praktisch onmogelijk worden. Vanuit een causalistisch, biologisch mensbeeld bezien is er geen plaats voor verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid, slechts voor oorzaak en gevolg. Het recht vooronderstelt daarom, veelal in weerwil van de feiten, dat mensen kunnen worden aangesproken op hun gedrag, dat zij verantwoordelijkheid kunnen dragen voor hun daden, en dat ze in staat zijn om hun eigen leven vorm te geven. Zoals Fuller schrijft: “To embark on the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules involves of necessity a commitment to the view that man is, or can become, a responsible agent, capable of understanding and following rules, and answerable for his defaults.”<sup>12</sup> In zijn klassieke werk *Die Philosophie des Als Ob*, dat is gewijd aan de rol van ficties in het menselijk bestaan, beschrijft Vaihinger de wilsvrijheid dan ook als een fictie die onontbeerlijk is voor het recht:

“Die Annahme der Willensfreiheit ist die notwendige Grundlage unserer sozialen und juristischen Ordnungen, und doch sagt uns unser logisches Gewissen, dass die Annahme der Willensfreiheit ein logischer Nonsens ist. Aber darum geben wir jene Vorstellung doch nicht auf: denn sie ist nützlich, ja unentbehrlich.”<sup>13</sup>

9 *Idem.*

10 B. Edelman, *Quand les juristes inventent le réel. La fabulation juridique*, Parijs: Hermann Éditeurs 2007, p. 206.

11 Zoals de uitdrukking van Soeteman luidt (A. Soeteman, *De droom van recht. Zijn rechten nog van deze eeuw?* (preadvies CJV), Utrecht: Lemma 2002, p. 7). Zie over dit thema ook het laatste hoofdstuk van R. Dworkin, *Law's empire*, Cambridge: Belknap Press 1986.

12 L.L. Fuller, *The morality of law*, New Haven: Yale University Press 1969, p. 162.

13 H. Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Leipzig: Felix Meiner 1922, p. XII.

Vaihinger beschouwt deze juridische kernfictie als een illustratie van de mysterieuze wijze waarop “wir mit bewusstfalschen Vorstellungen doch Richtiges erreichen”.<sup>14</sup>

In meer algemene zin kan het recht niet buiten een gedroomde mens, wil het recht ‘zijn menselijke gezicht’ en de humaniserende functie die het in de samenleving vervult, niet verliezen. Maar waarop is het geloof in dit fictieve mensbeeld gefundeerd? Waarvan is de mens van de mensenrechten gemaakt? Het antwoord dat daar meestal op wordt gegeven, onder meer blijkens de preambules van de mensenrechtenverdragen, is dat het bindende element in dit geheel de *menselijke waardigheid* vormt. De logica van de mensenrechten luidt dat een ieder wordt geboren met waardigheid, en op grond van deze waardigheid ‘van nature’ onvervreemdbare rechten heeft. Maar daarmee wordt de vraag slechts verschoven: hoewel de menselijke waardigheid het uitgangspunt van nationale en internationale regelgeving vormt, blijft de betekenis van het begrip in vaagheid gehuld. De teksten en totstandkomingsgeschiedenis van de verdragen bieden weinig houvast voor een concrete afbakening, net zo min als de uitwerkingen in nationale wetgeving. Wellicht is dat met opzet gebeurd: een al te inhoudelijke definitie bergt het gevaar van een gereduceerd mensbeeld in zich.

Menselijke waardigheid en menselijke natuur vormen zo een begrippenpaar dat aan de basis van het rechtssysteem staat, maar waarvan de strekking of inhoud geenszins duidelijk is of vaststaat. Een nadere definiëring lijkt sinds kort echter geboden. De ontwikkelingen op biomedisch gebied zijn van een zo ingrijpende aard, dat het volgens velen de menselijke waardigheid is die op het spel staat. De biowetenschappen hebben in dat opzicht het recht ingehaald: op dit moment lijkt het gevaar van een gereduceerd mensbeeld niet zo zeer in een te nauwe definitie van de menselijke waardigheid gelegen te zijn, maar eerder van de kant van biomedische technieken te komen. Deze technologische ontwikkelingen plaatsen het mensenrechtelijk begrip van de mens in een nieuw daglicht, en geven gedachtevorming over de mens van de mensenrechten een nieuwe relevantie.

Dat blijkt alleen al uit de regelgeving en jurisprudentie over dit onderwerp. De mensenrechten en het daaraan ten grondslag liggende juridische beginsel van de menselijke waardigheid vervullen een centrale rol in de regulering van medische biotechnologie. De reden is dat in de mensenrechten, explicieter dan op andere terreinen van het recht, een bepaalde visie op de mens wordt gehuldigd. Vooral de menselijke waardigheid is in deze materie daarom een essentieel beginsel gebleken. Opvallend aan deze ontwikkeling is op die manier dat het fictieve mensbeeld van de mensenrechten en de mens uit de biologische werkelijkheid steeds dicht bij elkaar beginnen te komen. De regelgeving op biomedisch terrein betreft immers de mens in zijn lichamelijke dimensie.

---

14 *Idem.*



Omgekeerd kan men zich echter afvragen of dit mensbeeld niet onder druk is komen te staan van de biomedische visie op de mens. Het juridische begrip van de menselijke natuur dat aan het natuurrecht van de mensenrechten ten grondslag ligt komt niet overeen met het biomedische begrip van de menselijke natuur. Is het juridische droombeeld van de mens in het biomedisch tijdperk nog wel geloofwaardig en overtuigend te noemen?

Als gevolg van maatschappelijke ontwikkelingen als individualisering, multiculturalisme en secularisatie verschilt men bovendien radicaal van mening over de betekenis van menselijkheid en menselijke waardigheid. Er zijn hoofdzakelijk twee interpretaties van de menselijke waardigheid te herkennen: menselijke waardigheid uitgelegd als autonomie en recht op persoonlijke ontplooiing, en menselijke waardigheid als verbod op instrumentalisering en objectivering van de mens. Hoewel beide interpretaties elkaar niet uitsluiten, staan zij bij de regulering van de biomedische ontwikkelingen in een wederzijds spanningsveld. Dit spanningsveld vloeit voort uit het feit dat men in de context van medische biotechnologie met een beroep op de tweede betekenis van menselijke waardigheid inperkingen aan lichamelijke zelfbeschikking en autonomie noodzakelijk acht.

In dit hoofdstuk wordt de juridische problematiek rondom medische biotechnologie in algemene termen verkend. Om te beginnen worden zowel de hooggespannen verwachtingen als de diepgewortelde angsten waarmee biotechnologische toepassingen op de mens zijn omgeven kort geschetst. De uiteenlopende reacties op medische biotechnologie gaan terug op dezelfde grondgedachte: de biomedische ontwikkelingen kunnen uiteindelijk zelfs gevolgen hebben voor de menselijke natuur en het zelfbeeld van de mensheid (1.2). De twee uiterste posities die in de debatten over deze materie worden ingenomen worden in de tweede helft van dit hoofdstuk uitgelicht. Volgens sommigen betekent menselijke waardigheid bij regulering van medische biotechnologie in de eerste plaats respect voor lichamelijke zelfbeschikking. Het dient op basis daarvan aan een ieder zelf te zijn om te beslissen of hij gebruik wil maken van biomedische technologie, hoever de mogelijke gevolgen voor hem ook strekken (1.3). Volgens anderen rechtvaardigt menselijke waardigheid in deze materie juist grenzen aan de beschikking over het menselijk lichaam en leven, opdat de menselijkheid van de mens behouden blijft (1.4).

## 1.2 Menselijke natuur en posthumaniteit

Zullen medische biotechnologie en informatietechnologie het menselijk bestaan zodanig veranderen dat er sprake zal zijn van een door de mens zelf geregisseerde evolutie? En zal de menselijke natuur daadwerkelijk op onherroepelijke wijze door onszelf en naar onze eigen maatstaven kunnen worden gemodelleerd? Duidelijk is in ieder geval dat van technieken als menselijke genetica, kunstmatige

intelligentie, nanotechnologie, regeneratieve geneeskunde, psychofarmaca en voortplantingstechnologie zowel veel wordt verwacht als gevreesd.

Voor een aantal wetenschappers en filosofen zijn de nieuwe technieken niet minder dan de verlossing van 'het kwade'. Toekomstige antropotechnieken bieden wellicht een oplossing tegen ziekte en verderf, ouderdom en verval, tegen noodlot en tegenspoed, en brengen zelfs onsterfelijkheid binnen het menselijk bereik. Zo fantaseert bijvoorbeeld robotica-wetenschapper Hans Moravec<sup>15</sup> hardop dat het in de toekomst wellicht een mogelijkheid wordt om onze geest te downloaden in een kunstmatig lichaam. Een dergelijk lichaam kent geen leeftijd, ziekte of dood, zodat de mens een onsterfelijk en ziekteloos leven zal zijn beschoren. De hoop die deze 'technoprofeten' op de techniek vestigen is daarmee van een bijna religieuze aard: technologie als *techno-theologie*.<sup>16</sup>

Door veel auteurs is al gewezen op de overeenkomsten tussen de nagestreefde doelen van deze technieken en de bestaande geloofssystemen.<sup>17</sup> De Belgische wetenschapsfilosoof Hottois, lid van talloze nationale en internationale adviescommissies op het terrein van de bio-ethiek, is er vrij expliciet over. Hij voorziet de dag dat de mens niet alleen zijn eigen evolutionaire opvolger zal produceren, maar dat deze vorm van autopoïësis ook een nieuwe vorm van transcendentie in zich bergt: een *transcendence opératoire* die gestalte krijgt via biomedische technieken, en die te onderscheiden is van de traditionele religieuze vormen van transcendentie die hij *transcendences symboliques* noemt. In zijn eigen woorden:

"Qu'entendons-nous par transcendance opératoire? Il s'agit de la continuation multiple de l'évolution ou de la créativité cosmique qui n'a jamais cessé de transcender opérativement ses productions. Si l'on veut exprimer cela en termes théologiques, il s'agit soit (sens faible) de la poursuite de l'oeuvre de Dieu, l'enrichissement continué de la création; soit (sens fort) de la production progressive de Dieu via l'évolution. Plus concrètement et plus simplement, il s'agit de l'activité de dépassement de la condition naturellement donnée de l'homme sous tous ses aspects."<sup>18</sup>

Met andere woorden, de dag komt volgens Hottois dichterbij dat de mens zijn eigen goden zal kunnen creëren. Deze vorm van transcendentie zou ons een stap dichterbij "l'utopie d'une société d'individus-surhommes améliorés par les scien-

15 In zijn boek *Mind children: the future of robot and human intelligence*, Cambridge: Harvard University Press 1990.

16 Uitdrukking van wetenschapsfilosoof Lecourt (D. Lecourt, *Humain, posthumain. La technique et la vie*, Parijs: PUF 2003, p. 12).

17 Michel Serres beschrijft de tendens van *l'église scientifique* als volgt "... certaine 'immortalité' devient, non plus le rêve, mais le projet le plus assourdissant, charnel et rationel, de l'humanité. Le plus récent rejoint, ici, le plus archaïque, l'âge des dieux. L'histoire des religions, des mythes et des cultures accompagne souvent, je ne sais pourquoi, mais je l'ai mille fois constaté, celle des sciences et des techniques" (M. Serres, *Hominescence*, Parijs: Le Livre de Poche 2001, p. 40).

18 G. Hottois, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, Parijs: Vrin 1999, p. 179.

ces et les techniques”<sup>19</sup> kunnen brengen. Niet iedereen beschouwt zijn toekomstbeeld echter als een utopie, zoals onder meer uit recent literair werk blijkt.

De gedachte van een biotechnologische transcendentie van de menselijke soort, en van biotechnologie als een nieuwe religie, worden beide op treffende wijze in het werk van de Franse schrijver Michel Houellebecq verbeeld. In zijn roman *Elementaire deeltjes* (1998) schetst Houellebecq een toekomstige wereld waarin de mensheid “de eerste dierlijke soort in het ons bekende universum [is] die zelf de voorwaarden voor zijn eigen vervanging bepaalt”. De door onszelf gecreëerde nieuwe mens kent geen egoïsme, wreedheid en woede. Die ‘onvolmaaktheden’ zijn via genetische manipulatie verwijderd. Onze menselijke soort, “die deerniswekkende, vuige soort, nauwelijks van de aap te onderscheiden, die toch zoveel edele ambities in zich droeg,”<sup>20</sup> is in zijn toekomstscenario dan ook gedoemd om uit te sterven. Houellebecq laat de posthumane soort aan het woord over haar eigen bestaansvorm:

“We hebben de kinderlijke band die ons aan de mensheid bond verbroken [...]. Op de mensen van het oude ras komt onze wereld over als een paradijs. Het gebeurt weleens dat we onszelf – met iets van humor, dat wel – betitelen met de naam ‘goden’ die hen altijd zo dromerig stemde.”<sup>21</sup>

Desondanks is het beeld dat Houellebecq van de toekomst geeft geenszins rooskleurig. Met name zijn latere roman *Mogelijkheid van een eiland* (2005) kent een sterk dystopische inslag. Daarin vertelt Houellebecq het verhaal van een samenleving waarin de medische biotechnologie langzaamaan de grote geloofssystemen heeft vervangen. Waar de oude godsdiensten het eeuwige leven in het hiernamaals beloofden, heeft de mens via biotechnologie deze belofte reeds op aarde waar kunnen maken. De biotechnologie heeft zo gezien het religieuze perspectief op oneindigheid “op materiële wijze gereproduceerd.”<sup>22</sup> Houellebecq zet de biotechnologische beweging die de veranderingen realiseert dan ook weg als een godsdienstige sekte, die drijft op de toenemende obsessie met eeuwige jeugd en schoonheid.<sup>23</sup>

Toch blijkt de posthumane soort in zijn boek geen verlossing te hebben bereikt. De impressie die we van de nieuwe mens krijgen is er één van een doeleloos, onverschillig wezen dat een geïsoleerd bestaan leidt, afgesloten van anderen

19 Hottois 1999, p. 184.

20 M. Houellebecq, *Elementaire deeltjes*, Amsterdam: De Arbeiderspers 2000, p. 339.

21 Houellebecq 2000, p. 338.

22 In de woorden van Van Asperen (G.M. van Asperen, *Het bedachte leven. Beschouwingen over maatschappij, zingeving en ethiek*, Amsterdam: Boom 1993, p. 186).

23 Er bestaan reeds dergelijke sektes, zoals de “raëliërs”, die in de kloonstechnieken een mogelijkheid zien om het paradijs op aarde te bereiken. Zie ook Houellebecq’s novelle *Lanzarote* over dezelfde sekte als in *Mogelijkheid van een eiland*.

en van de buitenwereld. Een dergelijk bestaan is niet alleen van pijn en dood ontstaan, maar volgens menselijke standaarden ook geheel van iedere mogelijke zin of betekenis. Het besef van eindigheid en kwetsbaarheid maakt het leven immers niet alleen tot een menselijk leven, maar vormt eveneens de mogelijkhedenvoorwaarde voor geluk. Juist de fragiliteit van het leven blijkt dan het leven het waard te maken om geleefd te worden.<sup>24</sup> In een beschouwing over *Mogelijkheid van een eiland* vat cultuurfilosoof De Mul het als volgt samen:

“De roman laat ons zien waarom ons eindige leven vol lijden het waard is om ‘tot de laatste druppel te worden leeggedronken’. En waarom het onsterfelijke leven van onze transhumane klonen wel eens minder aangenaam zou kunnen zijn dan de transhumanisten denken. [...] De mens is lijden, het noodlot zal hem steeds weer slaan. Niet desondanks, maar juist vanwege zijn noodlot kent de mens het geluk. En het is een intens geluk, niet ondanks het feit dat het fragiel is, maar juist vanwege de breekbaarheid van dat wat ons lief is.”<sup>25</sup>

Houellebecq staat niet alleen in zijn pessimisme over de mogelijke effecten van de biotechnologie. Te denken is aan andere dystopische romans over de mogelijke gevolgen van de biotechnologische revolutie, zoals Aldous Huxleys *Brave new world* (1932) of, van recentere datum, Margaret Atwoods *Oryx and Crake* (2003).

Voor sommige denkers getuigen de huidige antropotechnieken dan ook van een *hybris* van nooit eerder vertoonde proporties. Deze ‘onheilspropheten’ waarschuwen voor gevolgen die wij met onze beperkte geest nu nog niet kunnen voorzien. De argumenten uit deze hoek komen veelal neer op de stelling dat de mens niet voor God moet willen spelen. Voor een meer uitgebalanceerde, filosofische variant van deze argumentatie kan men zich tot werk van Fukuyama en Habermas wenden. Niet alleen staan onze menselijke waardigheid en de mensenrechten volgens hen op het spel, maar de menselijkheid van de mens zelf, of men die nu in biologische (zoals Fukuyama<sup>26</sup>) of culturele (zoals Habermas<sup>27</sup>) termen begrijpt. In de woorden van Fukuyama:

“This protracted discussion of human dignity is intended to answer the following question: What is it that we want to protect from any future advances in biotechnology? The answer is, we want to protect the full range of our complex, evolved natures against attempts at self-modification. We do not want to disrupt either the unity or

24 Zie voor een dergelijke gedachtegang onder meer Nussbaums essay “Transcending humanity” uit: M.C. Nussbaum, *Love’s knowledge*, New York: Oxford University Press 1990; en Van Asperen “Eindigheid als perspectief” uit: G.M. van Asperen, *Het bedachte leven. Beschouwingen over maatschappij, zingeving en ethiek*, Amsterdam: Boom 1993.

25 J. de Mul, *De domesticatie van het noodlot*, Kampen: Klement 2006, p. 305-306.

26 Zie hierover 7.4.

27 Zie hierover 8.1.

the continuity of human nature, and thereby the human rights that are based on it.”<sup>28</sup>

Voor Habermas ligt hierin de noodzaak om tot een zogenaamde *Gattungsethik* te komen, een ethiek van de menselijke soort, op basis waarvan er grenzen kunnen worden gesteld aan de *Selbstinstrumentalisierung der Gattung* (de instrumentalisering van de eigen soort) die mogelijk voor ons in het biotechnologisch tijdperk in het verschiet ligt.

Hoewel de technogelovigen en onheilsprofeten lijnrecht tegenover elkaar staan, delen zij één bepaalde veronderstelling: de komst van de biowetenschappen betekent wellicht het einde van de menselijke soort zoals wij haar nu kennen. Als onder geleide van een combinatie van bio- en informatietechnologie de menselijke natuur inderdaad langzaamaan wordt veranderd, kan er een moment komen dat we niet langer spreken van mensen, maar van een nieuwe en door onszelf gecreëerde soort. De periode die dan aanbreekt is er één van posthumanisme, zoals de termen luiden die door beide groeperingen worden gebruikt, een tijd voorbij en na de mens. Zogenaamde transhumanisten of posthumanisten streven ernaar dit ogenblik zo snel mogelijk te doen aanbreken.<sup>29</sup> Tot de gelederen van de transhumanisten behoren gerenommeerde robotica-wetenschappers als Marvin Minsky en de eerder genoemde Moravec.

Hoewel bijvoorbeeld de gedachte van het downloaden van de geest van een grote fantasie getuigt, valt niet te ontkennen dat een aantal transhumaan aandoende technieken inmiddels het licht hebben gezien. Kunstmatige lichaamsonderdelen zoals pacemakers, hartkleppen, robot-armen en bionische ogen<sup>30</sup> behoren reeds tot de technische mogelijkheden. Maar ook op biomedisch terrein lijkt het erop dat de eerste transhumanistische schreden zijn gezet. Kunnen de ontwikkelingen op het gebied van de kunstmatige voortplanting anders worden gezien dan de vervanging van een organisch proces door biomedische techniek? Sinds de eerste IVF-bevruchting in 1978 heeft de kunstmatige voortplanting een enorme vlucht genomen. Een paar decennia later zijn we beland in een praktijk waar prenatale diagnostiek al zo de norm is, dat het nalaten van het verrichten van een dergelijk prenataal genetisch onderzoek voldoende grond tot schadevergoeding voor zowel de ouders als het kind zelf kan vormen (via de wrongful birth en wrongful life vordering, waarover meer in hoofdstuk 5). Op het gebied van het *therapeutisch*

28 F. Fukuyama, *Our posthuman future. Consequences of the biotechnology revolution*, New York: Farrar, Straus en Giroux 2002, p. 172.

29 Voor een omschrijving van het gedachtegoed van deze stromingen, zie onder meer J. de Mul, *Cyberspace Odyssee*, Kampen: Klement 2002, p. 273-295; H. Pott, *Survival in het mensenpark: over kunst, cyborgs en posthumanisme* (oratie Rotterdam), 27 oktober 2000; en Lecourt 2003, p. 57-79.

30 Via het zogenaamde bionische oog worden blinden via een in het oog aangebrachte chip die signalen doorstuurt naar de hersenen in staat gesteld om in beperkte mate weer te ‘zien’ (zie “Bionic eye will let the blind see”, *BBC News*, 5 april 2005).

klonen van menselijke embryo's is het onderzoek in volle gang. Het nut van dergelijke gekloonde embryo's is met name gelegen in de stamcellen die men uit deze embryo's zou kunnen oogsten. Hoewel meerdere onderzoeksteams reeds hebben verkondigd een menselijke, embryonale kloon voor therapeutische doeleinden tot stand te hebben gebracht, zoals in Zuid-Korea<sup>31</sup> en Engeland,<sup>32</sup> is het tot op heden nog niet mogelijk gebleken op deze manier stamcellen te extraheren. In de praktijk worden daarom vooral rest-embryo's van IVF-behandelingen voor dit doeleinde gebruikt. Het is inmiddels in de meeste landen toegestaan deze embryo's als technisch object van wetenschappelijk onderzoek in te zetten. De doelbewuste *creatie* van embryo's voor uitsluitend medisch-wetenschappelijke doeleinden is echter vooralsnog in de meeste landen verboden, ook in Nederland en Frankrijk.

Daarnaast zal de komende tijd ons hoogstwaarschijnlijk onder meer een kunstmatige baarmoeder brengen,<sup>33</sup> de eerste *geboren* menselijke kloon (het zogeheten *reproductief* kloneren), een uitbreiding van de criteria waarop prenatale diagnostiek kan worden toegepast, en, in combinatie daarmee, de mogelijkheid bepaalde eigenschappen van de foetus aan te passen via genetische manipulatie in de kiembaan.

Een belangrijke mogelijkhedenvoorwaarde voor de wijziging van het menselijke genoom is reeds gerealiseerd: het in kaart brengen van het menselijk genoom. In 2003 werd het zogenaamd *Human Genome Project* na 13 jaar onderzoek voltooid. Vanaf dat jaar was het menselijk genoom definitief ontsluitend. Inmiddels gaat het 'sequenceren' van menselijk DNA tientallen malen sneller. Zo neemt in 2007 het blootleggen van iemands genoom nog maar 2 maanden in beslag. De verwachting en het streven is dat het binnen niet al te lange tijd mogelijk moet zijn om een ieders DNA voor een bedrag van 1000 dollar binnen een aantal uur in kaart te brengen en te analyseren.<sup>34</sup> Daarmee zou niet alleen kennis over aanleg voor ziektes, waarschijnlijke levensduur en andere genetische predisposities voor een ieder beschikbaar worden, maar ook zou men daarmee een belangrijke stap in de richting van de *science fiction* scenario's van designerbaby's en genetische manipulatie zetten.

Een ander deelgebied van de medische biotechnologie waarvan veel wordt verwacht is de *regeneratieve geneeskunde* (de tak van de geneeskunde die is gericht op de regeneratie van menselijke weefsels), waartoe technieken als stamceltherapie

31 "Embryo mens voor stamcellen gekloond", *NRC Handelsblad*, 12 februari 2004. Achteraf bleek het Koreaanse onderzoeksteam op de belangrijkste punten te hebben gefraudeerd (zie "S Korea cloning research was fake", *BBC News*, 23 november 2005, <[www.news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/4554422.stm](http://www.news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/4554422.stm)>).

32 "UK scientists clone human embryo", *BBC News*, 20 mei 2005, <[www.news.bbc.co.uk/2/hi/health/4563607.stm](http://www.news.bbc.co.uk/2/hi/health/4563607.stm)>.

33 Volgens het fascinerende essay van arts en filosoof Henri Atlan (H. Atlan, *L'utérus artificiel*, Parijs: Seuil 2005).

34 Zie M. Heselmans, "Revolutie in DNA-sequencing brengt duizend-dollargenoom nabij", *NRC Handelsblad*, 13 oktober 2007, p. 45.

en *tissue engineering* behoren. Deze laatste techniek maakt het inmiddels mogelijk om voor transplantatie-doeleinden onder meer hartkleppen en botweefsels uit celmateriaal te creëren. Het voordeel van dergelijke, uit natuurlijk materiaal gekweekte weefsels is dat zij bij transplantatie minder snel worden afgestoten door het lichaam. De hoop is dat het men in de toekomst ook organen op maat zal kunnen maken, zodat men niet meer afhankelijk is van orgaandonatie. Men kan zich afvragen of deze ‘levende’ implantaten als kunstmatig of natuurlijk moeten worden gedefinieerd. De grenzen tussen natuur en artefact lossen in deze technieken geleidelijk op.

Of we nu wel of niet de angsten en verwachtingen van de onheils- en technoprofeten delen, duidelijk is dat er ontwikkelingen gaande zijn die consequenties hebben voor de manier waarop we ons tot onszelf, ons lichaam, en ons nageslacht verhouden. In de meeste landen is er op moeizame wijze regelgeving tot stand gebracht om de ontwikkelingen enigszins te sturen. Het bereiken van consensus op een gebied dat dermate wordt gekleurd door ethische, ideologische en religieuze visies op het menselijk bestaan, is een welhaast onmogelijke opgave gebleken. Bovendien zijn politieke beslissingen die raken aan de verhouding van de persoon tot zijn eigen lichaam lastig in te passen in het politiek-liberale stelsel waarin keuzes over het goede leven aan de burger zelf worden overgelaten.

Wanneer het om regulering van de medische biotechnologie gaat, zijn dergelijke ethisch gekleurde, inhoudelijke stellingnamen echter nauwelijks te vermijden. Zelfs Habermas, die in zijn werk een procedurele discoursethiek verdedigt, geeft toe dat we ons hier aan de grenzen van het liberaal proceduralisme en aanverwante postmetafysische ethiek bevinden. *Thick theories of the good* zijn volgens hem onontkoombaar in de discussies over de biomedische technieken:

“Indem sich diese [postmetafysische] der Beurteilung zwar nicht des existentiellen *Modus*, aber der bestimmten *Ausrichtung* individueller Lebensentwürfe und partikularer Lebensformen enthält, genügt sie den Bedingungen des weltanschaulichen Pluralismus. Die postmetafysische Enthaltsamkeit stößt jedoch interessanterweise an ihrer Grenze, sobald es um Fragen einer ‘Gattungsethik’ geht. Sobald das ethische Selbstverständnis sprach- und handlungsfähiger Subjekte im Ganzen auf dem Spiel steht, kan sich die Philosophie inhaltlichen Stellungnahmen nicht mehr entziehen. In dieser Situation befinden wir uns heute.”<sup>35</sup>

Het gevolg is dat de grenzen tussen de publieke en de private sfeer op hernieuwde wijze ter discussie komen te staan. Treedt de overheid niet buiten haar bevoegdheden zodra zij zich, ter regulering van de medische biotechnologie, bemoeit met

35 J. Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt: Suhrkamp 2005, p. 27.

de verhouding van het individu tot zijn eigen lichaam en de manier waarop men zich voortplant?

Vanuit een klassiek liberale benadering bezien moet het antwoord op deze vraag al snel bevestigend luiden. In *On Liberty* stelt Mill zich de volgende vraag: “How much of human life should be assigned to individuality, and how much to society?”<sup>36</sup> Op grond van zijn schadebeginsel, dat ook nu een belangrijk argument in de discussies vormt, is het moeilijk overheidsbemoeienis met kwesties die het eigen lichaam betreffen te rechtvaardigen. In Mills woorden: “over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign.”<sup>37</sup> Met andere woorden, zolang er geen schadelijke gevolgen voor anderen zijn te verwachten, moet een ieder die in staat is tot vrije wilsbepaling volgens het klassiek liberale gedachtegoed worden vrij gelaten te leven overeenkomstig zijn eigen opvattingen. Ook wanneer het gaat om keuzes met betrekking tot het lichaam, dient de zelfbeschikking van het individu te worden gerespecteerd. Een dergelijke liberale ethiek, waarin de nadruk ligt op de waarden van zelfbepaling en zelfbeschikking, biedt uitkomst in een samenleving die wordt gekenmerkt door morele pluriformiteit.

Ook in het recht is de invloed van deze proceduralistische benadering duidelijk herkenbaar. In Nederland spreken veel juristen in navolging van de gezaghebbende gezondheidsjurist Leenen<sup>38</sup> van een zelfbeschikkingsrecht over eigen lichaam en leven. Toch blijft onduidelijk of dat recht daadwerkelijk erkenning heeft gevonden in de rechtspraktijk, en zo ja, wat de omvang van dat recht is, vooral met betrekking tot de biomedische mogelijkheden tot zelftransformatie.

### 1.3 Lichamelijke zelfbeschikking in het biomedische tijdperk

Met de term *zelfbeschikkingsrecht* worden in het recht en de ethiek verschillende waarden en beginselen tot uiting gebracht, variërend van afweerrecht tot handelsrecht, van praktische leidraad tot moreel ideaalbeeld,<sup>39</sup> en van het vereiste van *informed consent* tot het recht op bepaalde medische behandelingen. In hoofdstuk 3 zal ik nader ingaan op de invulling die Leenen aan het zelfbeschikkingsrecht geeft, en de mate en vorm waarin een dergelijk recht in de rechtspraktijk bestaat.

In dit hoofdstuk staat echter een vrij letterlijke interpretatie van het zelfbeschikkingsrecht centraal: het recht om vrij te zijn om over het eigen lichaam te beschikken, of het nu medische ingrepen betreft of andere handelingen met het

36 J.S. Mill [1859], *On liberty*, Londen: Penguin 1985, p. 141.

37 Mill [1859] 1985, p. 69.

38 Zie H.J.J. Leenen en J.K.M. Gevers, *Handboek gezondheidsrecht. Deel 1 Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2000, met name p. 32-37.

39 Zo maakt Boer een onderscheid tussen “praktische of niet-morele zelfbeschikking” en “morele zelfbeschikking” (Th.A. Boer, “Wat heet zelf beschikken?”, in: Th.A. Boer (red.), *Zelf beschikken? Wensen van patiënten: mogelijkheden en grenzen*, Kampen: Kok 1995, p. 3 e.v.).



lichaam, zoals seksualiteit of de commerciële exploitatie van het eigen lichaam. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat dit recht op zijn grenzen stuit zodra het inbreuk maakt op de zelfbeschikking of belangen van anderen. Het is deze lezing die de rechtsfilosoof Visser 't Hooft treffend onder woorden brengt, al hoewel hij de inhoud van het zelfbeschikkingsrecht niet zelf onderschrijft:

“De mens dient vrije beschikkingsmacht te hebben over het eigen bestaan in zijn lichamelijke grondaspecten (leven; ‘lichaam’ stricto sensu; seksualiteit en voortplanting), en wel, uit hoofde van het strikt-persoonlijke karakter van deze handelingscontext. Voor de strekking van dit beginsel is het essentieel dat het tegen overheidsbemoeienis met zelfgericht handelen een barrière wil oprichten; het verzet zich tegen de publieke handhaving van bepaalde, aan het lichaam toegekende integriteitswaarden, voorzover deze handhaving ook op het handelen ten aanzien van het eigen lichaam betrekking heeft.”<sup>40</sup>

Een dergelijk recht om vrijelijk over het eigen lichaam te beschikken lijkt op het eerste gezicht weinig revolutionair. Maakt de lichamelijke sfeer niet bij uitstek deel uit van een ieders privé-leven? En vloeit uit het persoonsgebonden karakter van het lichaam niet voort dat je zelf dient te kunnen bepalen of je het wilt veranderen, verslonzen, verbeteren of vernietigen? Het betreft per slot van rekening het eigen lichaam, niemand anders ondervindt directe schade van ingrepen aan het eigen lichaam. Toch is een ongeclausuleerd recht om over het eigen lichaam te beschikken, wanneer het letterlijk wordt geïnterpreteerd, in meerdere opzichten problematisch. Hieronder worden de drie belangrijkste knelpunten kort bekeken.

Een eerste knelpunt is dat er binnen het lichamelijk zelfbeschikkingsrecht te weinig ruimte is voor afweging tegen andere belangen. Wanneer het zelfbeschikkingsrecht in absolute termen wordt uitgelegd, is geen enkele vorm van interventie toegestaan, zelfs als het bijvoorbeeld de bescherming van de gezondheid van de persoon in kwestie betreft. Ook voor de gezondheid schadelijke handelingen dienen dan te worden toegestaan. Laurs verwoordt deze uitleg van het zelfbeschikkingsrecht als volgt:

“Houdt zelfbeschikkingsrecht in dat je onverstandige beslissingen mag nemen, en dat je apert onwenselijke beslissingen mag nemen? Mij dunk dat dit in principe mag, want een zelfbeschikkingsrecht dat alleen maar mag worden uitgeoefend volgens heersende waarden is voor het individu feitelijk een leeg zelfbeschikkingsrecht.”<sup>41</sup>

40 H.Ph. Visser 't Hooft, “De doolhof van het zelfbeschikkingsrecht”, in: J. ten Berge, G.J.H. van Hoof, A.Ph. Jaspers en A.H.J. Swart (red.), *Recht als norm en aspiratie. Opstellen over recht en samenleving ter gelegenheid van het 350-jarig bestaan van de Utrechtse Juridische Faculteit*, Nijmegen: Ars Aequi 1986, p. 381.

41 P.J.H. Laurs, “Juridische aspecten van zelfbeschikking”, in: Th.A. Boer (red.), *Zelf beschikken? Wensen van patiënten: mogelijkheden en grenzen*, Kampen: Kok 1995, p. 20.

Hoewel het kunnen nemen van je eigen beslissingen, inclusief minder verstandige beslissingen, natuurlijk een belangrijk deel vormt van wat een leven waardevol maakt, spelen in de gezondheidsethiek ook andere beginselen een belangrijke rol. Volgens de gangbare visie op de medische ethiek, verwoord door Beauchamp en Childress, behoren naast *autonomy* eveneens *beneficence*, *justice* en *non-maleficence* tot de ethische principes die het medisch handelen richting geven. Dat wil zeggen, niet alleen de wens van de patiënt bepaalt wat juist medisch handelen is, maar ook het voorkomen van schade aan de patiënt, het streven om wel te doen, en rechtvaardigheidsoverwegingen. In geval van strijdigheid van deze principes is een afweging noodzakelijk.

Zonder een dergelijke afweging zou de relatie tussen patiënt en hulpverlener uitsluitend worden gekenmerkt door contractualisme en marktrationaliteit. Een goed hulpverlener kan niet alleen op de subjectieve visie van de patiënt afgaan, maar zal met name ook de gezondheid van de patiënt willen beschermen. Met andere woorden, “een te sterke nadruk op de autonomie van de patiënt kan leiden tot een ‘u vraagt, wij draaien’ benadering en tot een verwaarlozing van de eigen verantwoordelijkheid van arts, patiënt en samenleving in het afwegen van de noodzaak van bepaalde handelingen”.<sup>42</sup>

Alleen al uit deze visie op de relatie tussen arts en patiënt blijkt dat het hebben van een lichaam iets heel anders is dan het hebben van een willekeurig object. De verhouding van het individu tot zijn lichaam kan niet worden gelijkgesteld aan de eigendomsrelatie, ook juridisch niet, zo zal later in dit onderzoek nog blijken.<sup>43</sup> Was er sprake geweest van een eigendomsrecht op het lichaam, dan zou het een ieder vrijstaan zijn lichaam te verkopen, te vervreemden, of iemand opdracht te geven het te beschadigen of te vernietigen. Van dergelijke aanspraken is in het recht geen sprake.

Met andere woorden, de bescherming die het lichaam geniet in de ethiek en het recht is niet geheel terug te voeren op de waarde die het lichaam volgens het individu zelf heeft. De visie van het individu op zijn eigen lichaam is uiteraard ethisch en juridisch van belang, juist omdat het lichaam zo onlosmakelijk is verbonden met de persoon. Maar het recht gaat daarin slechts tot op zekere hoogte mee. Als men op grond van die persoonlijke visie zichzelf als slaaf wil verkopen, of zijn lichaam door derden laten beschadigen om niet-medische redenen, dan krijgen alsnog paternalistische of moralistische overwegingen de overhand in de meeste rechtssystemen.

De reden dat bemoeienis met het individu wanneer het om het lichaam gaat eerder wordt aanvaard dan op andere terreinen, is dat het lichaam niet als een

42 W. van der Burg en H. Oevermans, “Grondrechten in de gezondheidszorg. Beperkingen van de gangbare grondslagenbenadering”, in: W. van der Burg en P. Ippel (red.), *De Siamese tweeling. Recht en moraal in de biomedische praktijk*, Assen 1994, p. 198-199.

43 Zie met name 2.4.2 en 8.2.1.

willekeurig gebruiksvoorwerp wordt gezien. Aan het lichaam komt een bijzondere status toe in onze cultuur, hetgeen door het recht wordt gereflecteerd. De lichamelijke sfeer wordt op grond van die status ook los van de persoonlijke opvattingen van het individu gewaardeerd en beschermd. Zoals het in een onderzoek naar de betekenis van lichamelijke integriteit wordt verwoord: “Het menselijk lichaam wordt meestal een morele status toebedeeld die hoger is dan die van niet-levende fysieke entiteiten en van plantaardige en dierlijke organismen. Heiligheid (‘sanctity’), waardigheid (‘dignity’) en integriteit (‘integrity’) zijn in dit verband vaak gebruikte termen.”<sup>44</sup>

Een dergelijke visie komt tot uiting in wat de auteurs van die studie een *lichaamsgerichte* benadering noemen. Daarin “wordt het lichaam zelf een morele status toebedeeld die niet (helemaal) samenvalt met de waarde die de persoon in kwestie eraan hecht.”<sup>45</sup> Te denken is aan de gedachte dat het lichaam een geschenk is, en dat men het op grond daarvan met passende eerbied dient te behandelen. Daarnaast kan men de opvatting dat het menselijk lichaam geen gewone zaak vormt, maar een eigen status heeft, reeds als een lichaamsgerichte benadering beschouwen. De beperkingen die vanuit een lichaamsgerichte benadering aan de beschikking over het eigen lichaam worden gesteld, kunnen moralistisch of paternalistisch van aard zijn. In een moralistische benadering wordt de lichamelijke integriteit opgevat als een objectief rechtsgoed, dat onafhankelijk van de gevolgen voor de betrokkene dient te worden beschermd. Bij paternalistische inperkingen van lichamelijke zelfbeschikking daarentegen, wordt de lichamelijke integriteit opgevat als een belang van betrokkene, dat ook wanneer de betrokkene daar geen prijs op zegt te stellen, dient te worden beschermd.<sup>46</sup>

Deze lichaamsgerichte visie wordt in dezelfde studie gecontrasteerd met meer *persoonsgerichte* benaderingen,<sup>47</sup> waarin het subjectieve oordeel van het individu juist doorslaggevend is. Visies waarin de controle en beschikking over het lichaam geheel aan de persoon in kwestie worden overgelaten, passen goed binnen dat denkkader. Ook het wettelijk vereiste van *informed consent* bij medische handelingen, ofwel het vereiste van toestemming en het recht op informatie,<sup>48</sup> kan als uitvloeisel van een persoonsgerichte benadering worden opgevat.

In de bestaande ethische en juridische inkadering van handelingen met het menselijk lichaam zijn elementen van zowel een persoonsgerichte als een lichaamsgerichte benadering te herkennen. De juridische regulering van abortus en euthanasie kan dat illustreren. Voorwaarde voor abortus is uiteraard dat

44 W. Dekkers, C. Hoffer en J.-P. Wils, *Besnijdenis, lichamelijke integriteit en multiculturalisme. Een empirische en normatief-ethische studie*, Budel: Damon 2006, p. 161.

45 Dekkers, Hoffer en Wils 2006, p. 167.

46 Over het onderscheid tussen paternalistische en moralistische inperkingen van lichamelijke zelfbeschikking, zie 3.1.5.

47 Dekkers, Hoffer en Wils 2006, p. 166

48 Hierover meer in 3.1.2.

de zwangere vrouw het voornemen tot abortus tegen de arts heeft uitgesproken (artikel 3 WAZ), hetgeen een element van een persoonsgerichte benadering vormt. Dit voornemen geeft de vrouw echter strikt genomen nog geen *recht* op abortus. Volgens de *Wet afbreking zwangerschap* (WAZ) is abortus slechts toegestaan wanneer er sprake is van een noodsituatie van de vrouw die de abortus onontkoombaar maakt (artikel 5 WAZ), en wanneer de handeling is verricht door een geneeskundige in door de wet aangewezen instellingen. Wanneer niet aan deze voorwaarden is voldaan, is afbreking van de zwangerschap strafbaar (artikel 296 Sr). Op die manier lijkt de abortuswetgeving eerder een voorbeeld te zijn van een algemeen erkende medische exceptie op de bescherming van leven, dan de erkenning van een daadwerkelijk *recht* op zelfbeschikking of abortus. Dat abortus bovendien niet eerder dan op de zesde dag nadat de vrouw de arts heeft geconsulteerd mag worden verricht, versterkt de paternalistische trekken van de abortuswetgeving (artikel 3 lid 1 WAZ). Tegen deze formeel-juridische benadering kan worden ingebracht dat het verzoek van de vrouw om zwangerschapsafbreking, mits vrijwillig tot stand gekomen en zorgvuldig afgewogen, in de praktijk vrijwel altijd wordt ingewilligd. De kwalificatie van *noodsituatie* (artikel 5 WAZ) wordt voor een groot deel aan de vrouw zelf overgelaten. Deze redenering volgt de Hoge Raad in zijn *Baby Kelly*-oordeel (2005). Volgens dit arrest “is het recht van de moeder tot afbreking van haar zwangerschap [...] binnen zekere grenzen erkend”.<sup>49</sup> Ofschoon de Hoge Raad hier tot op zekere hoogte spreekt van een recht op abortus, duiden de grenzen waarnaar de Hoge Raad verwijst echter weer op een lichaamsgerichte benadering.

De euthanasie-wetgeving berust evenmin volledig op het zelfbeschikkingsrecht. In de Memorie van Toelichting bij de Wet toetsing levensbeëindiging (WTL) wordt met geen woord gerept van een recht op zelfbeschikking.<sup>50</sup> Hoewel een vrijwillig en weloverwogen verzoek uiteraard een van de vereisten is voor toepassing van euthanasie, vormt de enkele wens van de patiënt onvoldoende rechtvaardiging. Met andere woorden, de persoonsgerichte benadering wordt in de euthanasie-wetgeving aangevuld door een lichaamsgerichte. Uit het *Brongersma*-arrest<sup>51</sup> blijkt “dat euthanasie slechts geoorloofd is wanneer er sprake is van ondraaglijk en uitzichtloos lijden dat (in overwegende mate) voortvloeit uit een medisch geclassificeerde ziekte of aandoening – die zowel somatisch als psychisch van aard kan zijn”.<sup>52</sup> Een dergelijke gereguleerde en geclausuleerde medische handeling staat ver af van werkelijke zelfbeschikking met betrekking tot de dood. In deze gevallen is eerder sprake van een algemeen erkende medische exceptie op het beginsel van lichamelijke integriteit, dan van de erkenning van een

49 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, m.nt. Vranken (*Baby Kelly*; RvdW 2005, 42), r.o. 4.8.

50 E. Pans, *De normatieve grondslagen van het Nederlandse euthanasierecht* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 305.

51 HR 24 december 2002, NJ 2003, 167, m.nt. Schalken (*Brongersma*).

52 Zie hierover onder meer E. Pans, “De Hoge Raad en de onzekere arts”, *NJB*, 2003-17, p. 870-882.

lichamelijk zelfbeschikkingsrecht. Pans stelt dan ook in haar proefschrift over de grondslagen van het euthanasierecht “dat zelfbeschikking [...] wel een uiterst belangrijke functie vervult in het recht over euthanasie, maar als noodzakelijke voorwaarde voor euthanasie, niet als beslissend beginsel.”<sup>53</sup> Zij benadrukt dat de patiënt geen *recht* heeft op euthanasie:<sup>54</sup> het is aan de arts een afweging te maken tussen zijn plicht tot het verlichten van lijden en zijn plicht tot behoud van menselijk leven. Kortom, “zelfbeschikking is [...] niet het doorslaggevend element voor inwilliging van een euthanasieverzoek.”<sup>55</sup>

Ook op andere terreinen van het positieve recht blijkt dat het lichamelijke zelfbeschikkingsrecht op verschillende manieren wordt ingeperkt. Je mag je lichaam na de dood niet puur voor de esthetiek laten opzetten, je organen niet verkopen, je baarmoeder om commerciële redenen ter beschikking stellen (commercieel draagmoederschap), etc. Evenmin kan toestemming van het slachtoffer het strafbare karakter aan moord of ernstige vormen van mishandeling ontnemen.<sup>56</sup> Zelfmoord en zelfverminking zijn niet strafbaar, maar hulp bij zelfdoding of ernstige zelfverminking wel. Weliswaar kan toestemming in sommige strafrechtelijke gevallen legitimerend werken. Zo is een belediging niet strafbaar wanneer men toestemming heeft gekregen om de ander te beledigen. Maar de legitimerende werking strekt zich alleen uit over rechtsgoederen “waarover de toestemminggever de beschikking heeft,”<sup>57</sup> zoals R Emmelink dat formuleert. Die beschikkingsbevoegdheid is “mede afhankelijk [...] van de zeden en gewoonten in onze maatschappij.”<sup>58</sup> De rechtvaardigende werking van het toestemmingsbeginsel in het strafrecht is dus begrensd, met name daar waar het om de bescherming van leven en lichamelijke integriteit gaat. “De integriteit van het lichaam is een zwaarwichtig belang dat niet – in alle gevallen – zomaar terzijde kan worden gezet door instemming van de ‘mishandelde’.”<sup>59</sup>

Kortom, in het recht blijft men, los van de subjectieve afwegingen van het individu, vasthouden aan een bepaalde visie op de relatie die een ieder tot zijn eigen lichaam onderhoudt. Op grond van het zelfbeschikkingsrecht kan men

53 Pans 2006, p. 286.

54 “Rechter en wetgever hebben bepaald dat euthanasie geen recht is van de patiënt, hetgeen op zichzelf al illustreert dat zelfbeschikking niet voorop staat” (Pans 2006, p. 325).

55 Pans 2006, p. 325.

56 Voor nadere gedachtevorming over de beperkte, rechtvaardigende werking van het toestemmingsbeginsel in het strafrecht, zie Hazewinkel-Suringa/R Emmelink 1996, p. 354 e.v. Zie ook F.P. Ölçer, “Waardigheid in het strafrecht: de vrijheid om vreemd te zijn”, in: R.H. Haveman, P. Ölçer, Th. A. de Roos en A.L.L. van Strien (red.), *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 72-75. Ölçer wijst erop dat het toestemmingsbeginsel bij lichtere vormen van aantasting van de lichamelijke integriteit, zoals het aanbrengen van tatoeages, piercings of vormen van scarification, toestemming van de betrokkene wel degelijk straffeloosheid van deze handelingen tot gevolg heeft (Ölçer 2000, p. 74).

57 Hazewinkel-Suringa/R Emmelink 1996, p. 354.

58 Hazewinkel-Suringa/R Emmelink 1996, p. 355.

59 Ölçer 2000, p. 74.

de bijzondere, supra-individuele status van het menselijk lichaam in het recht niet onder woorden brengen. Deze band tussen persoon en lichaam die door het recht wordt uitgedragen kan zelfs op geheel vrijwillige basis niet worden doorsneden. Waar deze beschermwaardigheid van het lichaam in andere tijden vooral vanuit religieuze overwegingen werd beredeneerd, wordt de juridische beschermwaardigheid in deze tijd gegrond op overwegingen als de integriteit van het lichaam en de menselijke waardigheid. Hoewel het zelfbeschikkingsrecht een belangrijke waarde vormt in het recht, heeft dit beginsel niet absoluut te gelden, en is een afweging tegen andere rechtsbeginselen, die teruggaan op de beschermwaardigheid van het lichaam, noodzakelijk.

De verhouding tussen het zelfbeschikkingsrecht aan de ene kant, en menselijke waardigheid en lichamelijke integriteit aan de andere kant, staat als gevolg van de biotechnologische revolutie opnieuw ter discussie. Tot welke hoogte dient men bij de regulering van deze technieken uit te gaan van een persoonsgerichte of een lichaamsgerichte benadering? Alleen al uit de verboden op onder meer kloneren, kiembaangetherapie en xenotransplantatie blijkt dat het zelfbeschikkingsrecht op dit terrein sterk wordt ingeperkt.<sup>60</sup>

Een tweede problematisch aspect van het zelfbeschikkingsrecht betreft de verplichtingen van derden bij de uitoefening van die zelfbeschikking. Als er een recht op vrije beschikking over het lichaam bestaat, zijn derden of de overheid dan verplicht te helpen de zelfbeschikkingswens te vervullen? Met andere woorden, is het zelfbeschikkingsrecht niet alleen een afweerrecht, maar ook een claimrecht? En brengt het positieve verplichtingen voor de staat met zich? Pessers ziet de ontwikkeling van het zelfbeschikkingsrecht in de richting van een claimrecht als tekenend voor de kolonisering van de publieke sfeer door de persoonlijke wensen van de burgers:

“Het zelfbeschikkingsrecht houdt niet meer alleen het recht in om met rust te worden gelaten, maar omvat tegenwoordig ook het recht op hulp van wetgever en overheid bij het realiseren van het intieme leven. Zou de staat deze hulp niet bieden – zo luidt de redenering – dan zouden de persoonlijke vrijheidsrechten van de burger, zoals het recht om zich voort te planten of het recht om een einde aan zijn leven te maken illusoir worden.”<sup>61</sup>

Deze dimensie van het zelfbeschikkingsrecht legt een inherente paradox van het lichamelijk zelfbeschikkingsrecht bloot. In een bepaald opzicht is het opvallend dat men uiterekend in de context van het *gezondheidsrecht* van een zelfbeschikkingsrecht spreekt. Zoals Boer uitlegt:

60 Met name in hoofdstuk 8 worden deze beperkingen nader bekeken.

61 D.W.J.M. Pessers (2003a), *Big Mother. Over de personalisering van de publieke sfeer* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 16.

“Het problematische karakter van het begrip ‘zelfbeschikking’ heeft in de meeste gevallen te maken met een belangrijke karakteristiek in de gezondheidszorg, namelijk dat mensen voor de gewenste behandeling afhankelijk zijn van anderen. Het kernwoord waarom zelfbeschikking vaak als een probleem wordt ervaren, is ‘afhankelijkheid’.”<sup>62</sup>

Voor onze gezondheid zijn we veelal op de hulp van anderen aangewezen, voor zowel verzorging als behandeling. Aan de ene kant pleit dat voor erkenning van de claim-dimensie van het zelfbeschikkingsrecht: zonder de hulp van derden zou het zelfbeschikkingsrecht een schijnrecht zijn. Een omgekeerde redenering is echter even goed denkbaar. Men kan redeneren dat juist doordat medewerking van anderen op dit terrein veelal noodzakelijk is, en mensen in deze omstandigheden extra kwetsbaar en afhankelijk zijn, zelfbeschikking niet het enige uitgangspunt kan vormen. Zo stellen Hendriks, Frederiks en Verkerk “dat de betekenis van ‘het recht op persoonlijk autonomie’, uitgaande van de menselijke waardigheid, moeilijk anders dan in nauwe samenhang met het beginsel van goede zorg kan worden gezien.”<sup>63</sup> Zij beschrijven in dat verband de volgende veel gehoorde kritiek op het mensbeeld van het zelfbeschikkingsrecht:

“Het autonomieconcept is gestoeld op een zelfbeeld van het individu, waarin vrijheid, individualiteit, rationaliteit en onafhankelijkheid centraal staan. Een dergelijk mensbeeld past niet goed bij mensen die ziek en patiënt zijn. Mensen met gezondheidsproblemen zijn vaak extra kwetsbaar en ongewoon afhankelijk van anderen voor zorg en ondersteuning. [...] Dat betekent ook dat een zorgrelatie uitsluitend gebaseerd op deze liberale omgangsregels een verschraalde zorgrelatie oplevert. De patiënt is niet een vrije keuzemaker en de zorgverlener is niet iemand die slechts keuzealternatieven aanreikt en zich voor het overige afzijdig houdt.”<sup>64</sup>

Het is de vraag in hoeverre men nog werkelijk zelf beschikt, als voor deze zelfbeschikking de hulp van de overheid of een team van medische experts noodzakelijk is. Kan men dan nog wel van autonomie spreken? Pessers wijst er in dat kader op dat zelfbeschikking, uitgelegd als claimrecht, ironisch genoeg tot een invoeging van het individu in biopolitieke mechanismen leidt:

“De zelfbeschikker die meent dat er van zelfbeschikking sprake blijft wanneer hij de staat en het bureaucratische apparaat inschakelt om hem of haar aan een kind of een zachte dood te helpen, verkeert in een wel heel naïeve illusie. De zelfbeschikker instrumentaliseert de staat, maar hij wordt daarmee tevens object van de staat.

62 Th.A. Boer, “Wat heet zelf beschikken?”, in: Th.A. Boer (red.), *Zelf beschikken? Wensen van patiënten: mogelijkheden en grenzen*, Kampen: Kok 1995, p. 8.

63 A.C. Hendriks, B.J.M. Frederiks en M.A. Verkerk, “Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg gezien”, *TvG* 2008, nr. 1, p. 3.

64 Hendriks, Frederiks en Verkerk 2008, p. 6.

De staat wordt immers gedwongen de tegenstrijdige individuele aanspraken tegen elkaar en andere belangen af te wegen. Het resultaat is dat in het recht nauwgezet wordt bepaald wie onder welke condities en volgens welke procedures een kind mag krijgen of wie mag sterven. Het gevaar dreigt dat burgers worden gedisciplineerd door een biopolitiek – zoals door Foucault beschreven – die niet anders dan ‘totalistische’ trekken kan krijgen.”<sup>65</sup>

Bovendien komen bij de erkenning van deze claim-dimensie van het zelfbeschikkingsrecht verdelingsvraagstukken in het vizier, die op het terrein van de gezondheidszorg toch al controversieel zijn. Waar trekt men de grens bij het faciliteren van zelfbeschikking? Tot welke hoogte dient de staat aan de mogelijkheden tot zelfbeschikking en zelfontplooiing bij te dragen? Vooral in het licht van de medische biotechnologie nemen de mogelijkheden tot ‘zelfontplooiing’ explosief toe. Met deze technieken gaat het immers niet alleen over het *beter maken* van mensen, maar uiteindelijk zelfs het *verbeteren* van mensen. Heeft men in het kader van het zelfbeschikkingsrecht toegang tot deze technieken? En wat zijn de implicaties van de uitleg van zelfbeschikking als een claimrecht op het moment dat de medische biotechnologie afstevent op de volledige maakbaarheid van het lichaam? Volgt daaruit dan uiteindelijk niet zelfs het recht op een perfect lichaam?

Tegelijkertijd is het voor de staat onmogelijk om aan alle wensen van deze zelfbeschikkers te voldoen. Het is de vraag of de medische biotechnologie niet in nieuwe ongelijkheden zal resulteren. Als de biomedische technieken slechts toegankelijk zijn voor degenen die het zich kunnen veroorloven, kan een nieuwe tweedeling ontstaan tussen arm en rijk. Geneticus Lee Silver beschrijft een toekomst waarin de samenleving is opgedeeld in een groep mensen die genetisch verbeterd zijn, de *GenRich*, en de anderen die geen gebruik van de technieken hebben kunnen maken, de *Naturals*.<sup>66</sup> In de film *Gattaca*<sup>67</sup> wordt een vergelijkbare visie op de toekomst neergezet: de samenleving is opgesplitst tussen genetisch volmaakte mensen die zijn geboren na een proces van embryoselectie en mensen die op natuurlijke wijze zijn verwekt en geboren. Deze bekende toekomst-scenario's roepen de vraag op of in het kader van deze dreigende ongelijkheid de principes van distributieve rechtvaardigheid ook niet moeten worden toegepast op genetische eigenschappen.

Aangezien dit onderzoek rechtstheoretisch van aard is, en niet zozeer politiek-filosofisch, zullen deze verdelingsvraagstukken voor het overige nauwelijks aan bod komen. In het licht van de in de inleiding geconstateerde *colonization of the natural by the just* is het echter interessant om hier kort te wijzen op de implicaties van de medische biotechnologie voor theorieën van verdelende rechtvaardigheid.

65 Pessers 2003a, p. 47-48.

66 L.M. Silver, *Remaking Eden*, New York: Harper Perennial 1998.

67 Van Andrew Niccol uit 1997, zie <[www.imdb.com/title/tt0119177](http://www.imdb.com/title/tt0119177)>.



In zijn *Theory of justice* baseert Rawls zijn belangrijkste distributie-principe, *the difference principle*, onder meer op de gedachte dat degenen die van nature meer hebben talenten dan anderen niet de enigen mogen zijn die profiteren van deze talenten: “[...] *the difference principle represents, in effect, an agreement to regard the distribution of natural talents as a common asset and to share in the benefits of this distribution whatever it turns out to be. Those who have been favored by nature, whoever they are, may gain from their good fortune only on terms that improve the situation of those who have lost out. [...] Thus we are led to the difference principle if we wish to set up the social system so that no one gains or loses from his arbitrary place in the distribution of natural assets or his initial position in society without giving or receiving compensating advantages in return. [...] The natural distribution is neither just or unjust; nor is it unjust that men are born into society at some particular position. These are simply natural facts. What is just and unjust is the way that institutions deal with these facts.*”<sup>68</sup>

Dit onderscheid tussen aangeboren talenten en kenmerken die onttrokken zijn aan rechtvaardigheidsprincipes, en primaire goederen die op basis van bepaalde principes te verdelen zouden zijn, begint als gevolg van de medische biotechnologie weg te vallen. Door deze technieken worden aangeboren talenten en eigenschappen in steeds verdergaande mate maakbaar en daarmee in theorie ook toegankelijk voor een ieder. Daarmee begint de rechtvaardigheidsvraag ook het gebied te omvatten dat van oudsher onttrokken was aan de menselijke beschikking. Dienen dan aangeboren talenten en eigenschappen niet ook het voorwerp van een rechtvaardige verdeling te worden? Politiek filosoof Fabre gaat nog verder en betoogt zelfs dat lichaamsdelen niet langer kunnen worden buitengesloten van theorieën over verdelende rechtvaardigheid.<sup>69</sup>

Wanneer uit het lichamelijk zelfbeschikkingsrecht ook een recht op toegang tot biomedische technieken wordt afgeleid, en men tegelijkertijd niet over de middelen beschikt om iedereen gelijkkelijk toegang te bieden, zal men onvermijdelijk selectiecriteria moeten gaan ontwikkelen om te bepalen wie voor biomedische ingrepen in aanmerking komt, en wie niet.

Het derde en laatste knelpunt van het zelfbeschikkingsrecht betreft het object van het zelfbeschikkingsrecht. Onduidelijk blijft wat hetgeen is waar de lichamelijke zelfbeschikker precies over beschikt. Volgens sommigen<sup>70</sup> berust de gedachte van zelfbeschikking op een dualistisch mensbeeld. De zelfbeschikker lijkt over zijn lichaam te kunnen beschikken alsof het een extern object betreft. Alsof het ‘zelf’

68 J. Rawls [1972], *A theory of justice*, Oxford: Oxford University Press 1973, p. 101-102.

69 C. Fabre, *Whose body is it anyway? Justice and the integrity of the person*, Oxford: Clarendon Press 2006.

70 S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi? Une analyse du discours sur les droits de la personne sur son corps* (diss. Paris I), Parijs: L'Harmattan 2004, p. 72; M.M. Marzano-Parisoli, *Penser le corps*, Parijs: PUF 2004, p. 119.

kan worden losgekoppeld van het lichaam, en alsof de zelfbeschikker zonder zijn lichaam kan worden gedacht.

De conclusie van Advocaat-Generaal Asch van Wijck bij het bekende *Gouden tanden*-arrest<sup>71</sup> uit 1946 vormt een mooi voorbeeld van onversneden dualisme ten aanzien van het menselijk lichaam. Hoewel zijn visie op de status van het lichaam als een uitzondering geldt in de rechtsdogmatiek, maakt zijn redenering de dualistische vooronderstellingen van een absoluut zelfbeschikkingsrecht expliciet. Het geval betrof de plundering van een graf, waarbij gouden tanden en kiezen uit de mond van het lijk werden weggenomen. De vraag was of hier sprake kon zijn van diefstal van een goed dat aan de erven of nabestaanden van de overledene toebehoorde (artikel 310 Sr). Zowel de Hoge Raad als Asch-Van Wijck oordeelde van wel. De Advocaat-Generaal baseerde zich daarbij echter op een radicale eigendomsopvatting over het lichaam die de Hoge Raad niet overnam:

“Het rechtssubject is de levende d.w.z., de denkende, de willende mensch, welk denken en willen zich evengoed op zijn eigen stoffelijkheid kan richten als op de stoffelijkheid daarbuiten. Ik voor mij geloof dat het onjuist is in de relatie rechtssubject-rechtsobject, uit te schakelen de stoffelijkheid die aan het rechtssubject het meest nastaat, hem het meest direct onderworpen is, hem het meest ten dienste is. Dat hij om te kunnen denken en willen, dat hij om als rechtssubject te kunnen fungeren zijn eigen stoffelijkheid van noode heeft, belet niet om zich die stoffelijkheid te denken als een rechtsobject tegenover het rechtssubject. Ook in het spraakgebruik vindt men de gedachte dat er een scheiding is tusschen persoon en zijn eigen lichaam, vindt men een objectivering van het eigen lichaam tegenover het rechtssubject.[...] Er is mijns inziens geen enkel bezwaar het levend lichaam te zien als een het rechtssubject in eigendom onderworpen rechtsobject.”

Hennette-Vaucher, die haar proefschrift aan het lichamelijk zelfbeschikkingsrecht wijdde, ziet dan ook als voornaamste reden voor de opkomst van het zelfbeschikkingsrecht dat “le cadre conceptuel dans lequel s’inscrit la réflexion juridique sur le corps est bien marqué au sceau d’une représentation dualiste personne/corps.”<sup>72</sup> De gedachte van *self-ownership* lijkt in een dergelijke benadering letterlijk te worden genomen. Zoals de klassieke woorden van John Locke luiden: “Though the earth and all inferior creatures be common to all men, yet every man has a “property” in his own “person”. This nobody has any right to but himself.”<sup>73</sup> Het zelfbeschikkingsrecht, en de representatie van het lichaam als eigendom van de persoon, lijken een vrij letterlijke toepassing van Lockes

71 HR 25 juni 1946, NJ 1946, 503 (*Gouden tanden*).

72 Hennette-Vaucher 2004, p. 72.

73 J. Locke [1690], *Two treatises of government*, Cambridge: Cambridge University Press 1994, boek II (H. 5) §26.

uitspraak op het lichaam.<sup>74</sup> Een dergelijk absoluut eigendomsrecht op het lichaam wordt in de rechtsdogmatiek niet aanvaard, zo zal nog naar voren komen. De dualistische tendens om het lichaam als eigendom op te vatten is daarentegen wel degelijk herkenbaar in de argumenten die aanhangers van het zelfbeschikkingsrecht aandragen. Het volgende citaat van Brownsword en Beyleveld is typerend:

“Those who resist the idea that persons can have property rights in their own bodies or body parts tend to assume that they can safely support both informed consent regimes [...] as well as property in things other than bodies. We have argued, however, that such assumptions are mistaken. The rights lying behind informed consent regimes are most plausibly explained as proprietary; [...] Our arguments suggest that the ruling framework of bioethical thinking is immanently committed to accepting what it most wishes to deny – that my body and my body parts are my property.”<sup>75</sup>

Bovendien wordt door een aantal rechtsgeleerden<sup>76</sup> bepleit om het levende lichaam als een “zaak buiten de handel” te denken, gelijk de romeinsrechtelijke constructie die nog in het oude Burgerlijk Wetboek was opgenomen. Het lichaam is dan weliswaar een zaak, maar een zaak die bijvoorbeeld niet voor commerciële handelingen vatbaar is, zodat het onder een speciaal juridisch beschermingsregime valt.

Zoals gezegd wordt in de rechtsdogmatiek een dergelijk begrip van de persoon, waaraan het lichaam gelijk een zaak ondergeschikt kan worden gemaakt, niet onderschreven. Het bezwaar daartegen wordt scherp verwoord door Gerbrandy:

“Recht kan men slechts hebben op iets dat los van ons staat en waarover wij in zekeren zin kunnen beschikken. Daarom is het niet goed te spreken over recht op leven, op eigen lijf of op goede naam. Wil men ergens recht op hebben, dan moet dit voorwerp zich van de persoon zelve hebben afgesplitst en zoo zelfstandig zijn geworden.”<sup>77</sup>

Edelman trekt een vergelijking tussen de onvervreemdbaarheid van het burgerschap en van het lichaam: “Il serait temps qu’on admette que le corps de l’homme est indisponible et mieux encore, qu’il ne peut en disposer lui-même. Personne, par exemple, ne peut disposer de sa citoyenneté!”<sup>78</sup> Het is vooral op basis van de menselijke waardigheid dat het lichaam als onvervreemdbaar deel van de persoon wordt gedacht. Van een geheel vrije beschikking over het lichaam kan dan geen

74 Toch zou het verkeerd zijn John Locke als een zuivere zelfbeschikkingsdenker op te vatten. Elementen van de religieuze giftethiek, die kenmerkend is voor een lichaamsgerichte benadering, zien we eveneens in zijn werk terug. Voor een nadere beschouwing hierover, zie 8.3.

75 D. Beyleveld en R. Brownsword, “My body, my body parts, my property?”, *Health Care Analysis* Vol. 8, nr. 2. 2000, p. 96.

76 Zoals Jean-Pierre Baud en Donna Dickenson, zie hierover met name 6.3 en 8.2.2.

77 Aangehaald door Van der Steur (J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden), Leiden: Kluwer 2003, p. 221).

78 B. Edelman, *La personne en danger*, Parijs: PUF 1999, p. 322.

sprake kan zijn. Vanuit dit perspectief is het bezwaarlijk “de soumettre le ‘moi’ biologique au fiat du choix individuel”.<sup>79</sup> Het zelfbeschikkingsrecht resulteert volgens critici daarom niet alleen in een ongewenste scheiding tussen persoon en lichaam, maar ook tussen de persoon in juridische zin enerzijds, en de mens in biologische zin anderzijds.<sup>80</sup>

Duidelijk is dat over de meeste van deze kwesties geen overeenstemming bestaat. Het resultaat is dat de discussie over het zelfbeschikkingsrecht nog altijd voortduurt. De inzet is in de loop der tijd echter veranderd: het lichamelijke zelfbeschikkingsrecht krijgt in de context van de medische biotechnologie een potentieel radicale omvang. De feitelijke beschikkingmacht over het lichaam is als gevolg van de biowetenschappen enorm uitgebreid. Bovendien maakt de medische technologie steeds verdergaande opsplitsingen van het lichaam mogelijk, zodat het lichaam meer dan voorheen als een zelfstandig, van de persoon gescheiden object kan worden gepercipieerd.

De vraag wordt dan of deze feitelijke beschikkingmacht over het menselijke lichaam moet of mag worden ingeperkt door een juridische “onbeschikbaarheid”<sup>81</sup> of “niet-beschikbaarheid”<sup>82</sup> van het menselijk lichaam (in het Nederlands is er geen goed woord voor wat de Fransen en Duitsers *indisponibilité* of *Unverfügbarkeit* noemen). Volgens de nationale en internationale wetgever zijn de grenzen van de beschikkingsvrijheid in ieder geval bereikt daar waar het reproductief kloneren en kiembaangetherapie betreft. Deze grenzen worden voornamelijk gerechtvaardigd met een beroep op de menselijke waardigheid. In de biomedische context krijgt de menselijke waardigheid een nieuwe juridische betekenis, gebaseerd op een bepaalde visie op de menselijke natuur die gelieerd is aan de kantiaanse ethiek. Deze benadering is echter niet minder problematisch.

#### 1.4 De juridische heropleving van de menselijke waardigheid

Met de verwijzing naar de menselijke waardigheid in de naoorlogse mensenrechtenverdragen drukte de internationale rechtsgemeenschap haar collectieve verantwoordiging uit over de totalitaire onderdrukking waarvan tallozen in de Tweede Wereldoorlog het slachtoffer werden. De naoorlogse codificatie van de menselijke waardigheid betekende de verankering van een collectief mensbeeld

79 H.-Ph. Visser 't Hooft, “Un droit de disposer de soi-même? Droit et morale au défi technologique”, *Archives de Philosophie du Droit*, tome 32 (‘Le droit international’), Parijs: Sirey 1987, p. 348.

80 Hierover meer in het tweede deel van het onderzoek (hoofdstuk 6, 7 en 8).

81 Zo luidt ook de vertaling in een uit het Frans vertaald artikel van Dijon (zie X. Dijon, “Het juridisch statuut van het menselijk lichaam”, in: J. Velaers (red.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen: Maklu 1996, p. 105).

82 H. Zwart en C. Hoffer, *Orgaandonatie en lichamelijke integriteit. Een analyse van christelijke, liberale en islamitische interpretaties*, Best: Damon 1998, p. 60.

in het recht dat gericht is tegen dehumanisering en uitsluiting van groepen mensen uit de mensengemeenschap.

Hoewel het beginsel over het algemeen als de hoogste waarde binnen de rechtsorde wordt beschouwd, en het aan de erkenning van zowel de mensenrechten als de misdrijven tegen de menselijkheid ten grondslag ligt, is er tot voor kort van het beginsel zelf weinig sturende werking voor de rechtspraak uitgegaan. Daarvoor is het credo van de mensenrechten als het ware te verheven. Het mensbeeld van de menselijke waardigheid vormt een inspiratiebron voor rechterlijke oordelen en wetgeving, waaraan het rechtssubject echter in concrete situaties nauwelijks aanspraken of plichten kan ontleenen.

De voornaamste oorzaak daarvan is de ongrijpbaarheid van het begrip. Zoals Advocaat-Generaal Stix-Hackl het formuleert in haar conclusie bij het *Omega*-oordeel van het Hof van Justitie van de EG: “Kaum ein Rechtsbegriff ist wohl juristisch schwieriger zu erfassen als jener der Menschenwürde.”<sup>83</sup> De betekenis van menselijke waardigheid kan niet op voorhand kan worden bepaald of definitief kan worden vastgelegd. Om die reden is de menselijke waardigheid van oudsher slechts op indirecte wijze, via de uitleg en afbakening van grondrechten, van betekenis voor de rechtsvorming geweest. Stix-Hackl stelt dan ook,

“dass die Menschenwürde erst über ihre Ausformungen und Ausformulierungen in den einzelnen Grundrechten konkretere inhaltliche Gestalt gewinnt und im Verhältnis zu diesen als Wertungs- und Auslegungskriterium fungiert. Der Begriff der Menschenwürde selbst ist nämlich – ebenso wie der Begriff des Menschen, auf den er unmittelbar verweist – ein Gattungsbegriff, der als solcher keiner klassischen juristischen Definition oder Auslegung im eigentlichen Sinne zugänglich ist; vielmehr kann er vor allem durch richterliche Feststellungen im Einzelfall inhaltlich konkretisiert werden”.<sup>84</sup>

Het belang van de menselijke waardigheid als zelfstandige rechtsnorm is recentelijk echter toegenomen. Het beginsel begint ook bij de normering van concreet menselijk handelen een rol te spelen. Met name als gevolg van de ontwikkelingen op biomedisch terrein maakt de menselijke waardigheid als positiefrechtelijk begrip sinds de jaren negentig een heropleving door. Deze heropleving is in het Franse recht al vroeg en duidelijk zichtbaar, zowel in de jurisprudentie, als in de uitgebreide rechtswetenschappelijke reflectie over *la personne humaine*, zoals uit de vele verwijzingen in dit onderzoek naar de Franse juridische literatuur zal blijken.

Ook op Europees niveau is deze ontwikkeling zichtbaar. Een indicatie daarvan is de erkenning van de menselijke waardigheid als zelfstandig grondrecht in het Handvest van de Grondrechten van de EU (artikel 1 Handvest). Zoals in

83 Conclusie Stix-Hackl bij: HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-36/02, NJ 2005, 295 (*Omega*), sub 74.

84 Conclusie Stix-Hackl bij *Omega*, sub 85.

de toelichting bij dit artikel staat geschreven: “De menselijke waardigheid is niet alleen een grondrecht op zich, maar ook de grondslag van alle grondrechten.”<sup>85</sup> In internationale verdragen op het terrein van de medische biotechnologie wordt er eveneens expliciet gerefereerd aan de menselijke waardigheid. Voorbeelden zijn het Biogeneeskunde-verdrag van de Raad van Europa (VRMB)<sup>86</sup> uit 1997,<sup>87</sup> en de *Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights* (1997),<sup>88</sup> de *International Declaration Human Genetic Data* (2003)<sup>89</sup> en de *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights* (2005)<sup>90</sup> van UNESCO.

Hoewel in Nederland de juridische gedachtevorming over de menselijke waardigheid relatief gering is, kan ook hier een toenemende belangstelling voor het rechtsbeginsel worden geconstateerd. De Nederlandse rechter begint zich aan interpretaties van de menselijke waardigheid te wagen, zoals in de wrongful life uitspraak *Baby Kelly* van de Hoge Raad;<sup>91</sup> in recente wetten als de Embryowet wordt de menselijke waardigheid als voornaamste leidraad genoemd;<sup>92</sup> en ook in de Nederlandse rechtsdogmatiek lijkt de menselijke waardigheid een nieuw aandachtsgebied te vormen, of dat nu in het kader van het gezondheidsrecht,<sup>93</sup> de rechtsfilosofie<sup>94</sup> of de constitutionalisering van het privaatrecht<sup>95</sup> is.

85 Toelichting bij het ontwerp-handvest van de grondrechten van de Europese Unie, 11 oktober 2000, CHARTE 4473/00, p. 3 (zie <[www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473\\_nl.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_nl.pdf)>).

86 Voluit: Verdrag inzake de Rechten van de Mens en de biogeneeskunde.

87 Art. 1 VRMB: “Parties to this Convention shall protect the dignity and identity of all human beings and guarantee everyone, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine.”

88 Art. 1: “The human genome underlies the fundamental unity of all members of the human family, as well as the recognition of their inherent dignity and diversity. In a symbolic sense, it is the heritage of humanity”; en art. 2 sub a: “Everyone has a right to respect for their dignity and for their rights regardless of their genetic characteristics.”

89 Art. 1: “The aims of this Declaration are: to ensure the respect of human dignity and protection of human rights and fundamental freedoms in the collection, processing, use and storage of human genetic data, human proteomic data and of the biological samples from which they are derived [...]”

90 Art. 2 sub c: “The aims of this Declaration are: to promote respect for human dignity and protect human rights, by ensuring respect for the life of human beings, and fundamental freedoms, consistent with international human rights law”; en art. 3 lid 1: “Human dignity, human rights and fundamental freedoms are to be fully respected.”

91 Zie hoofdstuk 6.

92 Zie hoofdstuk 4.

93 A.C. Hendriks, *In beginsel. De gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept* (oratie Leiden), NJCM-Boekerij: Leiden 2006; A.C. Hendriks, B.J.M. Frederiks en M.A. Verkerk 2008.

94 D.W.J.M. Pessers, *Menselijke waardigheid en het persoonsbegrip in het recht* (preadvies CJV), Utrecht: Lemma 2005.

95 Zie onder meer J.M. Smits, “Constitutionalisering van het vermogensrecht”, in: *Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-163; J.H. Nieuwenhuis, “Schwere Wörter”, *RM Themis* 2004-3, p. 109-110; J.H. Nieuwenhuis, “Hinkelspel rond de boom der kennis van goed en kwaad”, in: J.H. Nieuwenhuis, *Waar toe is het recht op aarde?*, Den Haag: BJU 2006. (Ook verschenen in J.H. Nieuwenhuis en C. Stolker, *Vooruit met het recht*, Den Haag: BJU 2006); O. Cherednychenko (diss. Utrecht), *Fundamental rights, contract law and the protection of the weaker party: a comparative analysis of the constitutionalisation of contract law, with emphasis on risky financial transactions*, München: Sellier 2007; C. Mak,

Dat de mens niet alleen het subject, maar ook het object van de biomedische technieken vormt, wordt door de nationale en internationale rechtsgemeenschap met argwaan waargenomen. Het is met name tegen deze dreigende vervaging tussen subject en object, ofwel tegen een mogelijke reïficatie en instrumentalisering van de mens, dat de menselijke waardigheid recent door wetgever, rechter en rechtswetenschapper wordt ingezet. Kortom, men vreest dat de medische biotechnologie nieuwe vormen van dehumanisering teweeg zal brengen.

Deze verandering van context maakt dat de betekenis van het concept van de menselijke waardigheid gedeeltelijk anders is dan vlak na de oorlog. De mensenrechtenverklaringen en -verdragen waren een reactie op de misdaden tegen de mensheid die op staatsniveau werden gepleegd. De nazi-eugenetica kenmerkte zich dan ook door haar staatskarakter. In deze tijd wordt wederom gesproken van het gevaar van eugenetica, maar nu op een ander niveau.<sup>96</sup> De huidige en toekomstige mogelijkheden van kunstmatige voortplanting, gentherapie, kloneren, kunstmatige intelligentie, nanotechnologie en andere technieken resulteren in een eugenetica op vrijwillige en individuele basis, die juist in afwezigheid van overheidsingrijpen, via vrije marktwerking tot stand komt. Een dergelijke eugenetica zou men, zoals onder meer Habermas doet,<sup>97</sup> een *liberale eugenetica* kunnen noemen.

Een goed voorbeeld van deze hedendaagse, vrijwillige vorm van eugenetica is preïmplantatie genetische diagnostiek (PGD), ook wel bekend als embryoselectie. Deze techniek maakt het mogelijk een embryo te selecteren, alvorens het in de baarmoeder plaatsen. De selectie-criteria om de 'goede' van de 'slechte' embryo's te onderscheiden blijven vooralsnog beperkt tot de detectie van erfelijke aandoeningen. Het kiezen van embryo's op bijvoorbeeld de aanwezigheid van andere eigenschappen, zoals een bepaald uiterlijk of intelligentie, behoort nog niet tot de reële opties. Dat neemt niet weg dat op het moment van schrijven reeds vormen van cosmetische embryoselectie, zoals een selectie op basis van bijvoorbeeld oog- en huids- en haarkleur, in Amerikaanse vruchtbaarheidsklinieken worden aangeboden. Er is daarbij echter sprake van een dusdanig hoog aantal onbekende factoren, dat deze klinieken niet kunnen garanderen dat de gewenste kenmerken zich bij het toekomstige kind zullen voordoen.<sup>98</sup>

Wel is geslachtsselectie medisch gezien goed mogelijk, en zullen de criteria zich in de toekomst ongetwijfeld fors uitbreiden. Bovendien wordt het wellicht ooit mogelijk niet alleen de gewenste embryo's te selecteren, maar via kiembaan-gentherapie de erfelijke aandoening weg te nemen, of bepaalde eigenschappen

---

*Fundamental rights in European contract law: a comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England* (diss. Amsterdam UvA), 2007.

96 Zie voor een vergelijking van de verschillende vormen van eugenetica vanuit een juridisch perspectief M. Fabre-Magnan, "De la sélection à l'eugénisme", in: M. Fabre-Magnan en P. Moullier, *La génétique, science humaine*, Parijs: Éditions Belin 2004, p. 188-214.

97 Zie onder meer de ondertitel van Habermas 2005.

98 Zie "Designer baby row over US Clinic", *BBC News* 2 maart 2009, <[www.news.bbc.co.uk/2/hi/health/7918296.stm](http://www.news.bbc.co.uk/2/hi/health/7918296.stm)>.

aan te brengen. Ook al is er nog geen sprake van *designer baby's*, de huidige 'beperkte' mogelijkheden tot selectie zijn, hoe men het ook wendt of keert, reeds eugenetisch van aard.<sup>99</sup>

Niet alleen is eugenetica op staatsniveau verboden,<sup>100</sup> maar over het algemeen worden ook aan deze vrijwillige, individuele vormen van eugenetica grenzen gesteld. De ontwikkelingen worden in ieder geval niet aan de vrije markt overgelaten, en vormen het onderwerp van verschillende vormen van regulering. Zo is in Nederland embryoselectie in haar algemeenheid vergunningsplichtig.<sup>101</sup> De staatssecretaris van volksgezondheid bepaalt via planningsbesluiten welke instellingen onder welke voorwaarden embryoselectie mogen verrichten. Dit vergunningenbeleid veroorzaakte in 2008 een scherpe tweedeling in het kabinet. De resulterende politieke crisis hield het nieuws wekenlang in haar greep. Een val van het kabinet werd daarbij ternaauwernood voorkomen. Centraal stond de vraag in welke gevallen embryoselectie is toegestaan.<sup>102</sup> Daarnaast zijn specifieke vormen van embryoselectie, zoals PGD ten behoeve van geslachtsselectie<sup>103</sup> en PGD om een geschikte donor voor een bestaand broertje of zusje te vinden<sup>104</sup> niet toegestaan.

Meer algemeen kan in de regulering van de medische biotechnologie instemming van de betrokkenen niet volstaan om aan deze ingrepen het verboden karakter te ontnemen. Reproductief kloneren en kiembaangentherapie (dat wil zeggen, de genetische manipulatie van de geslachtscellen die effect heeft op de daarop volgende generaties) worden, ongeacht de instemming van degene wiens voortplantingsmateriaal het betreft, vrijwel wereldwijd onaanvaardbaar geacht.

De bezwaren tegen deze liberale eugenetica kunnen nauwelijks via het politiek-liberale vocabulaire, waarin de idealen van autonomie en zelfbeschikking de voornaamste richtlijnen vormen, worden uitgedrukt. Het betreft hier een fundamenteel ethisch vraagstuk, in die zin dat er niet alleen sprake is van een moreel vraagstuk waarin de verhouding tot de ander centraal staat, maar dat het ook de verhouding van het individu tot zichzelf als deel van de menselijke soort is die ter

99 Zie verder over het verband tussen PGD en liberale eugenetica: Habermas 2005, p. 46-55; J. Somsen, *Regulering van humane genetica in het neo-eugenetische tijdperk* (oratie Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 14-16.

100 Zie met name Art. 3 lid 2 Handvest Grondrechten EU: "In het kader van de geneeskunde en de biologie moeten met name in acht worden genomen: het verbod van eugenetische praktijken, met name die welke selectie van personen tot doel hebben."

101 Art. 2 Wet op bijzondere medische verrichtingen io. art. 1 sub h Besluit aanwijzing bijzondere medische verrichtingen 2007 io. art. 1 lid 2 en bijlage 1 Regeling preimplantatie genetische diagnostiek 2009.

102 Hierover meer in 8.2.4.

103 Art. 26 lid 1 Embryowet.

104 Zie bijlage 2 bij de Regeling preimplantatie genetische diagnostiek 2009, waarin vermeld staat dat in ieder geval voor deze vorm van PGD geen vergunning zal mogen worden verleend (onder "Hla-typing ten behoeve van donorschap voor een broer of zus").



discussie wordt gesteld.<sup>105</sup> Regulering van biomedische technieken heeft daarom indirect ook een *intrasubjectieve* werking.

In een artikel over eugenetica spreekt hoogleraar privaatrecht Fabre-Magnan van “les insuffisances du critère du consentement” voor een juist begrip van de juridische beperkingen op de liberale vormen van eugenetica. Zij vervolgt:

“Loin d’être, comme les autres droits de l’homme, un ‘droit à’ supplémentaire pour les individus, le principe de dignité montre en réalité que le droit dépasse les seules volontés individuelles et donc même la liberté individuelle. La dignité es le signe d’appartenance de chaque homme à un même ‘genre’: ‘le genre humain’.”<sup>106</sup>

Op grond van subjectieve vrijheidsrechten en zelfbeschikking kunnen niet alle juridische grenzen en beperkingen, die de nationale en internationale rechtsgemeenschap aan het vrijwillig gebruik van medische biotechnologie stelt, worden verklaard. Wanneer het bijvoorbeeld gaat om het verbod om je eigen organen of ander lichaamsmateriaal te verkopen of om het verbod op controversiële vormen van voortplanting, kan men niet om de interpretatie van menselijke waardigheid als objectiverings- en instrumentaliseringsverbod heen.

Bovendien is men op basis van de principes van subjectieve rechten, *informed consent* of zelfbeschikking niet in staat de juiste relatie tot de niet-mondigen voor te schrijven. Hoe kan aan degenen die hun wil niet kunnen uiten een plaats worden gegeven in een systeem waarin de beginselen van *informed consent* en autonomie een zo centrale rol vervullen? De idee van lichamelijke zelfbeschikking is in het geval van geestelijk gehandicapten, ongeborenen en de doden bijzonder problematisch. Wij zijn deze groep op verschillende manieren respect verschuldigd voor hun lichamelijke integriteit, een respect dat echter onmogelijk kan worden gebaseerd op het vermogen van deze groep tot ‘zelfwetgeving.’ Menselijke waardigheid is in tegenstelling tot het beginsel van zelfbeschikking beter in staat een normatief kader te bieden voor deze gevallen. Volgens Van der Burg dient het liberale model op dit terrein te worden aangevuld door reflectie over de menselijke waardigheid:

“De belangrijkste eenzijdigheid [van het liberale model] is gelegen in de liberale oriëntatie op autonomie en (grond)rechten. Voor de problemen uit de jaren zeventig bood de liberale benadering [...] vaak een bruikbaar uitgangspunt. Maar voor de problemen waar we nu mee worstelen, is dat steeds minder het geval. [...] Ten eerste biedt het voor sommige problemen niet alleen geen oplossing, maar zelfs geen aanvaardbare structurering. Autonomie is van weinig belang, wanneer men een regeling rond experimenten met embryo’s wil ontwerpen. [...] Hiervoor hebben

105 Dit onderscheid wordt ook door Habermas gemaakt (zie Habermas 2005, p. 71).

106 Fabre-Magnan 2004, p. 209.

we andere normatieve uitgangspunten nodig dan die van rechten en zelfbeschikking, zoals een doctrine van menselijke waardigheid.”<sup>107</sup>

Daarmee begint het toepassingsgebied van het recht zich revolutionair uit te breiden. De traditionele taak van het recht ligt in de regulering van het menselijk leven in zijn sociale en economische aspecten. De huidige taak van het recht begint daarentegen openlijk de regulering van het menselijk leven in zijn biologische dimensie te omvatten. In de woorden van filosoof Descamps lijkt het adagium “ubi societas ibi ius” in de regulering van medische biotechnologie plaats te maken voor een nieuw adagium, “ubi natura ibi ius”, met de nodige risico’s van dien.<sup>108</sup>

Deze taakstelling is weliswaar niet geheel nieuw. Het recht vervult sinds lang een taak binnen biopolitieke mechanismen.<sup>109</sup> Ook de moderne verzorgingsstaat bemoeit zich met leven en dood van zijn burgers, hetgeen de afgelopen decennia met name via wetgeving en rechtspraak op het gebied van abortus en euthanasie naar voren is gekomen. De revolutie die door de biomedische technieken teweeg wordt gebracht heeft de beschikkingsmacht over lijf en leven echter dermate doen toenemen, dat het menselijk lichaam zich in meer dimensies dan ooit expliciet op de rechtspolitieke agenda geplaatst ziet. Vanuit dat perspectief lijkt de mens in zijn lichamelijke aspecten het recht op steeds uitgebreidere en explicietere wijze binnen te dringen. Heeft aan het recht tot nu toe slechts impliciet een bepaald mensbeeld ten grondslag gelegen,<sup>110</sup> nu begint dat mensbeeld, in de vorm van de menselijke waardigheid, uit zijn schaduw te treden en het onderwerp van publieke discussie te worden. Was het al moeilijk om in de discussies over euthanasie en abortus tot overeenstemming te komen, de medische biotechnologie confronteert het recht in nog verdergaande mate met de vraag wat de precieze contouren moeten zijn van een dergelijk gecorporaliseerd en gesymboliseerd persoonsbegrip van het recht.

Het gevolg is evenwel dat de invulling van het mensbeeld aan het individu wordt onttrokken en naar collectief niveau wordt gehaald. De vraag wat een persoon constitueert, en hoe hij zich verhoudt tot zijn eigen lichaam, genoom of embryonaal materiaal, wordt via dergelijke wetgeving, voor hem, en niet door hem beantwoord. De nationale en internationale rechtsgemeenschap plaatst

107 W. van der Burg, “Gezondheidsrecht en bio-ethiek: op naar een nieuwe verhouding”, *TvG* 1996, afl. 3, p. 201.

108 P. Descamps, *Le sacre de l'espèce humaine. Le Droit au risque de la bioéthique*, Parijs: PUF 2009, p. 9.

109 Zie met name het werk van Agamben hierover. Zijn stelling luidt “dat de productie van een biopolitiek lichaam het oorspronkelijke werk van de soevereine macht is. Zo beschouwd is de biopolitiek minstens zo oud als de soevereine uitzondering” (G. Agamben, *Homo sacer. De soevereine macht en het naakte leven*, Amsterdam: Boom/Parrèsia 2002, p. 12). In 7.11 komen Agambens ideeën uitgebreider aan bod.

110 Uitbreider over “het verholde mensbeeld van het recht”, zie J.M. Broekman, *Mens en mensbeeld van ons recht. Deel I: antropologie*, Leuven: Acco 1983.

zich als het ware tussen het individu en zijn lichaam. Waar het lichaam in de zelfbeschikkingstheorie wordt losgekoppeld van het persoonsbegrip, maakt het lichaam volgens deze nieuwe betekenis van menselijke waardigheid juist deel uit van datgene waarover individueel niet vrijelijk kan worden beschikt: de persoon. De menselijke waardigheid is dan als een onvervreemdbaar lidmaatschap van de menselijke soort dat beperkingen oplegt aan de vrije beschikking over lijf en leden. De menselijke waardigheid krijgt in deze context daarmee duidelijk een *collectieve dimensie*.

Zoals in 1.1 reeds aan de orde kwam, funderen de aanhangers van het zelfbeschikkingsrecht hun claims eveneens op een interpretatie van de menselijke waardigheid. Aan deze variant wordt ook wel als menselijke waardigheid in haar *individuele dimensie* gerefereerd. De botsing tussen twee betekenissen van de menselijke waardigheid keert in meerdere gedaantes terug in de juridische en ethische discussies over de verhouding van het subject tot zijn lichaam. In hoofdstuk 3 worden beide interpretaties dan ook verder bestudeerd. In de context van dit inleidende hoofdstuk kunnen we echter al constateren dat menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie op gespannen voet staat met een benadering van dat beginsel waarin de evaluatie van de mogelijkheden van de medische biotechnologie vooral aan het individu wordt gelaten.

Op die manier wordt een eerste knelpunt van het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid zichtbaar. De overheid heeft zich teruggetrokken van de domeinen van het leven die een invulling van het goede leven betreffen, en dient zich volgens het politiek-liberale ideaal in haar besluitvorming door een moraal van de tweede orde te laten leiden. Tegen deze achtergrond van toenemende secularisering en het postmoderne verval van gedeelde morele kaders wordt de normering en begrenzing van biomedisch handelen een lastige opgave. Bij dergelijke regulering wordt onvermijdelijk een inhoudelijk, normatief mensbeeld als uitgangspunt gehanteerd, terwijl “de staat zich meer dan ooit [heeft] te onthouden van het plegen van een inhoudelijk, materieel bepaald mensbeeld,”<sup>111</sup> zoals Vermeulen terecht stelt in zijn rechtsfilosofische preadvies over de interpretatie van grondrechten. Immers: “processen zoals de secularisatie en de pluriformisering hebben [...] ruimte geschapen voor een verregaande mate van subjectivering van moraal en mensbeeld.”<sup>112</sup>

Die subjectivering en pluriformisering, die tekenend is voor het postmoderne tijdperk, is eveneens terug te zien op het terrein van het lichaam. Sterker nog, het postmoderne gedachtegoed dat de aandacht vestigde op de *sociale* constructie van het menselijk lichaam, lijkt, ironisch genoeg, mede het pad geëffend te hebben voor een *letterlijke* constructie van het menselijk lichaam. “La postmodernité des

111 B.P. Vermeulen, “Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten?” (Preadvies Vereniging Wijsbegeerte van het Recht 1992), *R&R* 1992 jrg. 21 afl. 1, p. 23.

112 Vermeulen 1992, p. 25.

années 70 est maintenant prise au mot,”<sup>113</sup> stelt de Franse denker Guillebaud dan ook naar aanleiding van de biomedische technieken. Daar bedoelt Guillebaud het volgende mee. Heerste in andere tijden de gedachte dat het lichaam een ieder is *gegeven*, van nature of als een “geschenk van god”, en dat het met overeenkomstige eerbied dient te worden benaderd, in het postmoderne tijdperk zijn pluralisme, multiculturalisme, liberalisering en individualisering ook herkenbaar in de hedendaagse representaties van het lichaam. Zo kan het posthumanisme vreemd genoeg worden beschouwd als een vleesgeworden postmodernisme, ook al staat het vooruitgangsoptimisme van de posthumanistische ideologie haaks op het door het postmodernisme verkondigde einde van ‘de grote verhalen’. Hottois en de Amerikaanse bioethicus Engelhardt zien op de lange termijn de postmoderne verbrokkeling van waarden en waarheden uitmonden in *een genetische verbrokkeling van de mensheid*. In de woorden van Engelhardt:

“Als er aan de menselijke natuur niets heilig is (en er is geen enkel niet-religieus argument om haar heilig te noemen), is er geen reden waarom ze niet radicaal veranderd mag worden. [...] In feite is er geen reden te denken dat er maar één soort uit de onze zal voortkomen. Het zou kunnen zijn dat er evenveel verschillende soorten zijn als er redenen zijn om de menselijke natuur grondig te wijzigen met het oog op haar nieuwe omgeving.”<sup>114</sup>

Volgens Hottois en Engelhardt dienen we ook in deze kwesties, waarin de toekomst van de menselijke soort op het spel staat, vast te blijven houden aan een procedurele ethiek,<sup>115</sup> waarin het individu wordt vrij gelaten te leven volgens zijn eigen opvattingen over het goede leven. Daarmee kan men in hun ogen, “als men geweld wil vermijden”,<sup>116</sup> geen strobreed in de weg leggen aan een eventuele, toekomstige opsplitsing van de menselijke soort in meerdere posthumane soorten.

Of de voorspellingen van de posthumanistische beweging waarschijnlijk zijn of niet, zeker is dat opvattingen over wat het lichaam is en hoe een ieder zich ertoe verhoudt, met de verbrokkeling van gemeenschapswaarden steeds minder eenduidig beginnen te worden. De opkomst van het lichamelijke zelfbeschikingsrecht kan worden opgevat als tekenend voor deze tendens. Zoals Velaers schrijft: “In het licht van het heersend ethisch pluralisme, wordt het zelfbeschikingsrecht opgeëist om ieder te waarborgen dat hij de eigen waarden kan beleven wanneer – naar zijn oordeel – slechts het eigen leven en lichaam in het geding

113 J.-C. Guillebaud, *Le principe d'humanité*, Parijs: Seuil 2001, p. 407.

114 Aangehaald door Hottois (G. Hottois, *Symbool en techniek*, Kok Agora/Pelckmans: Kampen/Kapellen 1996, p. 114). Voor een nadere beschrijving van de ontwikkeling van een symbolisch pluralisme in de richting van een evolutionair pluralisme, zie Hottois 1999, p. 181.

115 Zie ook Hottois 1999, p. 122-123.

116 *Idem*.

zijn.”<sup>117</sup> Gecombineerd met een groeiende overtuiging dat het lichaam maakbaar is, en het feit dat de medische technieken hiertoe ook daadwerkelijk de middelen beginnen te bieden, leidt deze ontwikkeling onvermijdelijk naar de vraag wat in het komende tijdperk van levens- en lichaamskunstenaars de rol van politiek en recht zal zijn. Dient er te worden gestreefd naar een eenduidige, overkoepelende normering, die op een gemeenschappelijk mensbeeld berust? Of moeten individuele vrijheid en pluriformiteit het uitgangspunt vormen?

De voortschrijdende verbrokkeling van algemene standaarden is voor sommigen, zoals Hottois, Engelhardt en Harris reden om de beschikking over het lichaam dan maar vrij te geven, op voorwaarde dat gelijke toegang tot de technieken gegarandeerd kan worden. Anderen, zoals Habermas, Jonas en Fukuyama, zijn niet bereid het domein van de menselijke natuur over te laten aan een ieders privé-moraal of -esthetiek. Anders gesteld, aan het ene uiteinde vinden we opvattingen gebaseerd op het collectieve mensbeeld van de menselijke waardigheid waarmee de voortschrijdende techniek in strijd zou kunnen komen; aan het andere de gedachte van lichamelijke zelfbeschikking.

Beide benaderingen kunnen we binnen het juridische denkkader terugvinden, al hoewel op het moment de collectieve benadering van waardigheid lijkt te domineren. De centrale vragen in deze context zijn: Tot welke hoogte heeft het rechtssubject het recht om te doen met zijn lichaam wat hij maar wil, en waar stuit hij op de grenzen van de menselijke waardigheid? Hoe worden beide concepten geconstrueerd in het recht?

Hoewel Hottois' technofiele gedachtegoed tamelijk ver gaat, heeft hij nog een tweede sterk argument tegen degenen die bepaalde biomedische technieken in strijd met de menselijke waardigheid achten. De menselijke waardigheid is een uiterst vaag begrip dat voor meerdere en tegengestelde interpretaties vatbaar is. Welke interpretatie dient de doorslag te krijgen? Wie kan zich als spreekbuis van de menselijke waardigheid en de mensheid opwerpen? Spreken van *de* menselijke waardigheid is volgens Hottois dan ook misleidend:

“*Le corps humain et la dignité de ce corps n'existent pas, si ce n'est dans certains discours. Existent des corps particuliers, individuels et divisibles, dans une foule d'états et revêtus de dignités, de valeurs, aussi nombreuses que diverses. Existent des corps, parties et des produits des corps dans des fonctions et des contextes multiples, scientifiques, thérapeutiques et économiques, notamment. Face à ces réalités, les discours onto-théologiques ou phénoménologiques sur le Corps Humain et sa Dignité sont d'une pertinence limitée et d'une utilité contestable.*”<sup>118</sup>

117 J. Velaers (1996a), “Over zichzelf beschikken?” in: J. Velaers (red.) *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen: Maklu 1996, p. 7.

118 Hottois 1999, p. 58.

Volgens Hottois wordt de postmoderne cultuur dermate gekenmerkt door veelvormigheid, dat iedere verwijzing naar een overkoepelende moraal, ook al is het in de vorm van de menselijke waardigheid, daaraan tekort zal doen.

Daarmee kom ik tot een laatste bezwaar tegen verwijzingen naar de menselijke waardigheid in een juridische context. Het gevaar bestaat dat de grenzen tussen recht en politiek op bezwaarlijke wijze vervagen. Bevindt de jurist zich nog wel op juridisch terrein wanneer hij zich aan de interpretatie van de menselijke waardigheid waagt? Dat effect wordt nog eens versterkt doordat bij gebreke aan doortastende politieke besluitvorming op dit moreel precaire gebied de besluitvorming op dit terrein *de facto* wordt overgelaten aan de rechtsontwikkeling. Het democratisch tekort dat hieruit voortvloeit is verontrustend gezien de belangen die op het spel staan. Guillebaud stelt naar aanleiding van de recente jurisprudentie op biomedisch gebied:

“Les décisions de ce type, mises bout à bout, entraînent une véritable révolution copernicienne en matière de droit. Elles dévoient la fonction judiciaire d'autant plus gravement qu'elles se multiplieront sans aucun doute à l'avenir. Leur seule origine, c'est l'embarras manifeste d'un système judiciaire à qui l'on demande de trancher, au bout du compte, des questions ontologiques ou philosophiques que la société elle-même est incapable de clarifier. Ce détournement du droit, cette 'défausse' silencieuse de la démocratie sur le juridique disent assez la profondeur de la perplexité collective.”<sup>119</sup>

Is het wel aan het recht antwoorden te formuleren op vragen over de betekenis van het menselijk leven? Leidt de regulering van de biomedische techniek niet tot een verbreding van het juridisch domein? Zo ja, hoe dient het recht die nieuwe taak tot zich te nemen? Is het resultaat dan niet, in de woorden van Guillebaud, een *dévolement de la fonction judiciaire*, en meer algemeen ook, een ontsporing van de functie van het recht?

## 1.5 Conclusie

De opkomst van de biomedische wetenschappen vraagt om nadere reflectie over de betekenis van de mensenrechten. De mens van de medische biotechnologie is zo in tegenspraak met de mens van de mensenrechten, dat het geloof in een universele vrijheid, gelijkheid en broederschap aan het wankelen lijkt te worden gebracht. De mens is van nature vrij, maar in de biologische werkelijkheid blijken zijn levensloop en kansen in grote mate bepaald te worden door zijn genetische predisposities. De mens wordt gelijk in waardigheid geboren, maar sinds de ont-

---

119 Guillebaud 2001, p. 31.

cijfering van het menselijke genoom komen vooral de verschillen naar voren. En tot slot is het de vraag of ook de idee van broederschap stand zal houden, wanneer onze kennis ten aanzien van een ieders lot steeds verder toeneemt.

Toch tracht men met een beroep op het natuurrecht en de menselijke waardigheid de humane biotechnologie aan banden te leggen. Het paradoxale resultaat is dat tegen de dreiging van te vergaande modificaties van de menselijke natuur de menselijke natuur zelf wordt ingebracht. Juist de menselijke natuur die nu aan verandering onderhevig blijkt te zijn, lijkt dan de basis te worden voor beperkingen aan de biomedische ontwikkelingen. Deze tegenstrijdigheid is echter slechts schijnbaar omdat er twee verschillende visies op de menselijke natuur aan ten grondslag liggen: een biologisch natuurbegrip enerzijds, en een juridisch begrip van de menselijke natuur dat zich niet tot het biologische laat reduceren anderzijds. Desondanks blijft de vraag waar dan het *surplus* van de mens van de mensenrechten in schuilt. Wat maakt hem tot meer dan een wezen van vlees en bloed? Wat is hetgeen dat op het spel staat in de medische biotechnologie, en in naam van de menselijke waardigheid bescherming verdient? De inzichten van de biomedische wetenschap raken aan de fundamenteën van het recht waarvan autonomie en menselijke waardigheid immers de centrale ficties vormen.

In dit hoofdstuk is gebleken dat in de juridische regulering van de medische biotechnologie twee beginselen een sleutelpositie vervullen: lichamelijke zelfbeschikking en menselijke waardigheid. De spanning tussen beide beginselen gaat voor een deel terug op de moeilijkheid de status van het lichaam en het embryo te bepalen. Hoe zijn zij met de persoon verbonden, en in hoeverre zijn zij gelijk te stellen aan een zaak? De menselijke waardigheid plaatst het lichaam en het embryo grof gezegd aan de subject-zijde van het juridisch systeem. De zelfbeschikkingsgedachte vertoont daarentegen de neiging het lichamenlijk domein aan de object-zijde te plaatsen. De discussie over de betekenis van vrijheid en waardigheid in de biomedische praktijk vindt op die manier grotendeels plaats in een dualistisch kader. Men zou zich echter kunnen afvragen of een dergelijke dichotome benadering nog wel zo geëigend is wanneer het om het lichaam en het embryo gaat. Het voelt als een grove simplificatie om de lichamelijke dimensie van het menselijk bestaan onder te brengen in hetzij het persoonsbegrip, hetzij het zaaksbegrip. Een ieder *heeft* en *is* zijn lichaam. Ook het embryo lijkt noch een individu noch een gebruiksvoorwerp te zijn.

Voor een beter begrip van de problemen waarvoor het lichaam en het embryo de jurist plaatsen, is een verkenning van de twee centrale categorieën van het juridisch kwalificatiesysteem noodzakelijk: personen en zaken. Hoe verhouden beide zich tot de lichamelijke dimensie van het menselijk bestaan?

## 2 Het juridische onderscheid tussen persoon en zaak

### 2.1 Het juridische kwalificatiesysteem

In het vorige hoofdstuk is het mensbeeld van de mensenrechten beschreven als een cultureel ideaalbeeld dat aan de basis van het rechtssysteem staat. Deze symbolische voorstelling van de mens als een waardig en vrij wezen kan worden beschouwd als de centrale fictie van het recht. Is deze visie op de mens normaal gesproken indirect van invloed als een van de kernwaarden van de rechtsorde, sinds de opkomst van de medische biotechnologie heeft zij zich ontwikkeld tot een van de belangrijkste richtlijnen bij de normering van de biomedische ontwikkelingen. Het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid fungeert daarmee niet meer alleen als grondslag van het recht, maar is nu ook verheven tot een zelfstandige rechtsnorm die toonaangevend is voor de regulering van de biomedische praktijk.

Aan de toepassing van dit fictieve mensbeeld op de medische biotechnologie ligt evenwel een paradox ten grondslag. Als de menselijke waardigheid berust op een fictief mensbeeld, dat ver afstaat van een biologische of feitelijke duiding van de mens, hoe kan deze juridische fictie dan van betekenis zijn voor de regulering van een praktijk die de mens vooral in de biologische aspecten van zijn bestaan treft? Daarmee geeft de regulering van de medische biotechnologie aanleiding tot gedachtevorming over de verhouding van het recht tot de biologische werkelijkheid. Hoe zet het recht het lichaam en het lichamelijke om naar de taal van het recht? Wat is de verhouding tussen het *sujet de chair* en het *sujet de droit*,<sup>120</sup> de mens van vlees en bloed en de mens als rechtssubject? Wordt het juridische kwalificatie-systeem bovendien begrensd door de wetten van de fysieke realiteit, of kan het zijn eigen wetten stellen?

Dat er tussen natuur en recht een kloof bestaat, een scheiding van *Sein* en *Sollen*, behoeft geen nadere uitleg. Het recht is geen feitelijk maar een normatief systeem. In het recht staat de regulering van het menselijk handelen centraal, niet een empirische weergave van de natuur. De rechtsgeleerde wordt als gevolg van de juridische regulering van de biomedische ontwikkelingen echter gedwongen tot

---

120 Zie de titel van Salas' boek over transseksualiteit (D. Salas, *Sujet de chair et sujet de droit: la justice face au transsexualisme*, Parijs: PUF 1994).



hernieuwde reflectie over de verhouding tussen natuur en recht. Vanuit biotechnologisch perspectief is de natuur geen onveranderlijk gegeven dat uitnodigt tot empirisch onderzoek, maar vormt de natuur ook het potentiële object van technologische interventie. In de medische biotechnologie is het bovendien niet langer de ons omringende natuur die aan technologisch handelen wordt onderworpen, maar begint ook de eigen menselijke natuur daar in toenemende mate het object van te worden. Daarmee breidt het toepassingsgebied van het recht zich eveneens uit.

Rechtstheoretische reflectie over recht en biologische werkelijkheid zal in het biotechnologisch tijdperk dan ook verder moeten gaan dan de simpele constatering dat het recht zich normatief tot de werkelijkheid verhoudt, en de biologie descriptief. Zonder verdere gedachtevorming zou deze conclusie kunnen impliceren dat het recht een sociaal construct is dat volkomen losstaat van de natuur en de fysieke werkelijkheid. Een dergelijke benadering belichaamt een grove simplificatie van de dubbelzinnige wijze waarop het recht zich tot de tastbare werkelijkheid verhoudt, met name vanuit biomedisch perspectief.

Hoe treedt het recht de biologische werkelijkheid tegemoet wanneer het gaat om regulering van biotechnologische ontwikkelingen? Bij normering van de biomedische praktijk is er sprake van een juridische transformatie van de biologische werkelijkheid in twee opzichten. Ten eerste zijn de feiten veelal dermate complex dat er uitleg van ‘de expert’ aan te pas moet komen. Vooral op een technisch gebied als het biomedische veld is zal de jurist afhankelijk zijn van ingewijde derden die de technisch-wetenschappelijke feiten toegankelijk maken.<sup>121</sup> De invloed van de expert is onder meer goed zichtbaar in het gezondheidsrecht,<sup>122</sup> milieurecht en octrooirecht. De biotechnische werkelijkheid waar de jurist kennis van neemt is in dat opzicht veelal een reeds bemiddelde werkelijkheid. Over deze wetenschappelijke bemiddeling volgen nadere beschouwingen in hoofdstuk 7.

Een tweede punt hangt samen met het juridische kwalificatieproces. Voordat de juridische norm kan worden toegepast op het feitencomplex, zal de jurist eerst moeten bepalen welke aspecten van de zaak rechtens relevant zijn. Met andere woorden, hij zal de feiten van de zaak moeten inpassen in de bestaande categorieën van het recht. Terwijl er in theorie sprake is van toepassing van de juridische norm op de gegeven feiten, moeten de feiten in de praktijk eerst worden *gereconstrueerd* in de taal van het recht voordat de norm kan worden toegepast. Het resul-

121 Om die reden bepleit Loonen, zelf een biomedische wetenschapper, dat biomedisch geschoolde artsen tot rechter zouden moeten worden opgeleid (A.J.M. Loonen, “Juridisch bewijs gezien door een biomedische wetenschapper”, *NJB* 2008, nr. 3, p. 158-160). Zie ook Hermans’ reactie hierop (H.G. Hermans, “Biomedische wetenschappers als rechter”, *NJB* 2008, 608).

122 Zie over de doorslaggevende rol van de medische expert in het rechterlijk oordeel bij medische aansprakelijkheid onder meer A.J. Akkermans en A.J. Van, “De medische expertise bij persoonschade: knelpunten en mogelijke oplossingen”, *TVP* 2002, nr. 2, p. 57-61; R.W.M. Giard en C.J.J.M. Stolker, “Medische aansprakelijkheid: de rol van de dokter als deskundige. Valkuilen, voetangels en zelfs klemmen”, *NJB* 2003, nr. 12, p. 610-616.

taat is dat feit en norm tijdens het proces van kwalificatie met elkaar vervlochten raken. Het recht kan de werkelijkheid slechts via zijn eigen voorgegeven juridische classificaties kennen. Die classificaties zijn als juridische artefacten waarin de tastbare wereld wordt ingepast. De feiten worden geordend en gerangschikt volgens juridische criteria, zodat de veelvormige werkelijkheid wordt gereduceerd tot een overzichtelijk geheel. Zoals Vranken stelt is het doel daarvan “het mogelijk maken van gelijkheid, veralgemening, herhaalbaarheid en voorspelbaarheid [...] De betrokken burger wordt hierbij als het ware herleid tot een mens zonder bijzondere eigenschappen, en de zaak wordt ontdaan van alles wat haar uniek en anders doet zijn”.<sup>123</sup> Vranken spreekt ook wel van *een dubbele vertaalslag* die op die manier tijdens het kwalificatieproces wordt gemaakt. Eerst wordt geabstraheerd van de feiten om het relevante juridische leerstuk of begrip te vinden dat van toepassing op het feitencomplex is. Vervolgens wordt dat abstracte leerstuk toegepast op de concrete situatie, waarbij slechts die feiten in aanmerking worden genomen die onder het relevante leerstuk kunnen worden geschoven. Deze dubbele vertaalslag maakt dat er een transformatie plaats vindt bij de juridische behandeling van de feiten. Volgens Petit is deze transformatie vooral een proces waarbij de verschijnselen van al hun kleur en levendigheid worden ontdaan:

“Menigeen voelt de sfeer van het recht aan als onwezenlijk, hij ziet zich in een wereld van abstracties, als in een steenwoestijn, waaruit alle leven geweken is, van de werkelijkheid afgesneden. Strak is de wetstaal en nuchter; schimmig zijn de gestalten, welke de wet ten rechtstoneele voert, poover de voorstelling van ’s mensen handel en wandel, schaarsch de aanduiding van natuurkrachten en werktuigen, welke den heer der schepping dienen of onbeheerscht zijn bestaan bedreigen.”<sup>124</sup>

Kortom, “le droit est un autre monde”.<sup>125</sup> Deze *autre monde* wordt gekenmerkt door andere wetten dan de wetten van de natuur. De zaken en personen die de wereld van het recht bevolken zijn geen tastbare zaken en personen, maar “seulement des lieux où se projettent des normes” zoals Yan Thomas stelt.<sup>126</sup> In het recht heerst een ander begrip van tijd en ruimte (bijvoorbeeld via de juridische figuren van vertegenwoordiging, ontbindende en opschortende voorwaarden, en terugwerkende kracht), een ander begrip van causaliteit (zoals in de beschrijving van de *wrongful life* kwestie nog naar voren zal komen), kennen fictieve personen een bestaan (zoals rechtspersonen), worden dieren als ‘zaak’<sup>127</sup> en electriciteit als

123 Asser/Vranken 2005, p. 63.

124 Ch. Petit, *Het beeld van den mensch in de burgerlijke wetgeving* (oratie Nijmegen), Nijmegen/Utrecht: Dekker & Van de Vegt: Nijmegen/Utrecht 1947, p. 4.

125 Zie M.-A. Hermitte, “Le droit est un autre monde”, *Enquête*, 1998-7 (*Les objets du droit*), p. 17-37.

126 Y. Thomas (Thomas 1998b), “Introduction du dossier *Le droit et la nature des choses*”, *Enquête* 1998-7, p. 14.

127 Hetgeen onder meer blijkt uit art. 5:19 en 5:8 BW.

‘goed’ geclassificeerd,<sup>128</sup> en hoeft het leven niet te beginnen en te eindigen bij de geboorte en de dood.<sup>129</sup> Hetzelfde geldt voor begrippen als rechtssubject en persoon. Broekman verwoordt het treffend: “Begrippen als ‘rechtspersoon’ en ‘rechtssubject’ zijn, ondanks de schijn van hun eenvoud, uiterst complexe begrippen. Ook met hen wordt werkelijkheid niet *beschreven*, maar *gemaakt*.”<sup>130</sup> Haurious veel geciteerde uitspraak over de juridische persoon illustreert dat mooi:

“La personnalité juridique individuelle nous apparaît continue et identique à elle-même; elle naît avec l’individu; elle est du premier coup constituée; elle demeure toujours la même pendant que l’Homme sommeille; elle reste saine pendant qu’il déraisonne.”<sup>131</sup>

Voor wetenschapsfilosoof Ellul vormt het juridisch persoonsbegrip zelfs het duidelijkste voorbeeld van het artificiële karakter van het recht.<sup>132</sup>

Zoals al eerder werd gesteld, gaat het echter te ver om het recht puur als een van de realiteit losstaande constructie te benaderen. De wereld van het recht is weliswaar een andere dan die van de natuur of de tastbare werkelijkheid, maar is er op vooralsnog onduidelijke wijze mee verbonden. Foqué en ‘t Hart spreken in navolging van Radbruch van de *Stoffbestimmtheit* van juridische begrippen, dat wil zeggen dat deze begrippen zijn “vervlochten met de wijze waarop feitelijke situaties en feitelijke ordeningen in het recht begrepen worden”.<sup>133</sup> Dat blijkt duidelijk wanneer het rechtssysteem als gevolg van bepaalde ontwikkelingen in de samenleving tot verandering wordt gedwongen. Om nieuwe fenomenen juridisch onder te brengen, worden de bestaande categorieën opgerekt, aangescherpt en verlegd. In het meest extreme geval kunnen maatschappelijke veranderingen zelfs leiden tot een *crisis* van het classificatie-systeem: het nieuwe fenomeen kan niet worden ingepast in de bestaande juridische mal.

Sinds de opkomst van de biomedische technieken is er sprake van een dergelijke “*crise des catégories*”.<sup>134</sup> Meer algemeen wordt er in de Franse rechtstheoretische literatuur gesproken van een “*crise du sujet de droit*”.<sup>135</sup> Labrusse-Riou vraagt

128 Zie het bekende *Electriciteitsarrest* (HR 23 mei 1921, NJ 1921, 564).

129 Via het begin en einde van de juridische persoon, waarover in hoofdstuk 4 en 8 meer.

130 J.M. Broekman, *Mens en mensbeeld van ons recht. Deel I: antropologie*, Leuven: Acco 1983, p. 22.

131 Geciteerd in A. Supiot, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Parijs: Seuil 2005, p. 51; en B. Edelman, “L’arrêt *Perruche*: Une liberté pour la mort?”, *Recueil Dalloz*, 2002, nr. 30, p. 2352.

132 J. Ellul, “Sur l’artificialité du droit et le droit d’exception”, *Archives de Philosophie de Droit* 1963, nr. 8, p. 24.

133 R. Foqué en A.C. ‘t Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint/Antwerpen: Kluwer 1990, p. 381.

134 Hermitte 1998, p. 19 en 24.

135 Zie onder meer Y. Thomas (1998a), “Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit”, *Le Débat* 1998, nr. 100, p. 96; en Salas 1994 p. 9.

zichzelf zelfs af of de juridische categorie van de persoon de biomedische ontwikkelingen wel zal overleven.<sup>136</sup> Als het recht lijdzaam blijft toezien hoe het menselijk leven steeds verder wordt geïnstrumentaliseerd door en voor de biomedische praktijk, en hoe het juridisch persoonsbegrip steeds verder wordt uitgehold, kan volgens haar de dag aanbreken dat “la personne<sup>137</sup> disparaîtra des institutions”, zodat “la place sera libre pour la gestion de la chair humaine”.<sup>138</sup>

De kern van de juridische *crise des catégories* die de medische biotechnologie veroorzaakt, is gelegen in de tekortkomingen van het onderscheid tussen *persoon* en *zaak*. Hoewel deze tweedeling aan de basis van het recht staat, pakt een dergelijke binaire logica ongelukkig uit, wanneer zij consequent op de lichamelijke aspecten van het leven wordt toegepast. Zo is onduidelijk hoe het lichaam en het embryo in deze juridische dichotomie moeten worden ingepast. De meesten vinden het te ver gaan om het lichaam en het embryo gelijk te stellen aan een gewone zaak, maar de kwalificatie als persoon leidt evenmin tot een bevredigend resultaat. De mogelijkheden op biomedisch terrein lijken aan te zetten tot hetzij een nieuwe afbakening of invulling van de categorieën van *persoon* en *zaak*, hetzij de creatie van nieuwe juridische categorieën.

Een belangrijke oorzaak voor het falen van het bestaande kwalificatiesysteem is dat het in wezen niet is gemaakt om te worden toegepast op de mens in zijn concrete, lichamelijke bestaansvorm. Dat hoeft geen verbazing te wekken: als romeinsrechtelijke erfenis dateert de *summa divisio* van persoon en zaak uit een periode van meer dan twee millennia geleden, toen biopolitiek in haar huidige vorm nog volstrekt ondenkbaar was. Wat het privaatrecht betreft kan met Gerbrandy worden geconstateerd

“dat in de moderne burgerrechtelijke systemen het privaatrecht vooral gezien is als de regeling van de betrekkingen waarin de mens staat (a) tot zijn familie (b) tot het stoffelijk goed. De mens zelf werd geen burgerrechtelijk probleem”.<sup>139</sup>

Met name de relatie die de persoon met zichzelf en zijn lichaam onderhoudt bleef daardoor buiten het juridische vizier, ook in het publiekrecht. Deze leemte in het rechtssysteem wrekt zich evenwel bij regulering van de biomedische technieken waar het juist de lichamelijke dimensie van het menselijk bestaan is die op het spel staat. De hernieuwde belangstelling voor persoonlijkheidsrechten heeft daar enige verandering in gebracht. Dat neemt echter niet weg dat de biomedische

136 Getuige de titel van dit artikel: C. Labrusse-Riou, “L’enjeu des qualifications: la survie juridique de la personne”, *Droits* 1991 (nr. 13), p. 19-30.

137 De persoon als juridische categorie.

138 Zie Labrusse-Riou 1991, p. 21.

139 S. Gerbrandy, “De persoon en het recht”, in: J.A. Ankum, G.C.J.J. van den Bergh en H.C.F. Schoordijk (red.), *Plus est en vous: opstellen over recht en cultuur, aangeboden aan prof. mr. A. Pitlo ter gelegenheid van zijn 25-jarig hoogleraarschap*, Haarlem: Tjeenk Willink 1970, p. 228.

technieken het recht voor een fundamenteel nieuwe problematiek plaatsen, waar het als systeem in wezen niet op is ingesteld.

Op die manier zet de medische biotechnologie aan tot reflectie over de plaats en betekenis van het persoonsbegrip in het recht. In de Franse rechtsdogmatiek is die reflectie, in tegenstelling tot in Nederlandse juridische kringen, reeds in de jaren negentig op gang gekomen. Molfessis spreekt in dat verband van “une découverte ou du moins une redécouverte de la personne”<sup>140</sup> in de Franse juridische gedachtevorming.

In de volgende paragrafen wordt deze gedachtevorming verkend. In de Franse rechtsdogmatiek maakt men een onderscheid tussen twee tradities in de geschiedenis van het persoonsbegrip. De eerste traditie benadert het persoonsbegrip als een artefact (2.2). In deze benadering, die haar wortels heeft in het Romeinse recht, is de juridische persoon te begrijpen als een technisch-juridische constructie die weinig van doen heeft met de mens uit de geleefde werkelijkheid. De lichamelijke aspecten van het bestaan worden dan ook niet door dit persoonsbegrip gereflecteerd. Vanuit dit perspectief ligt het voor de hand om het lichaam en lichaamsmateriaal niet als deel van de juridische persoon, maar als zaak te kwalificeren.

In de tweede traditie, die teruggaat op het middeleeuwse canonieke recht, heeft het persoonsbegrip wel een substantiële inhoud (2.3). De juridische persoon wordt in deze gedachtegang geacht te corresponderen met de ‘ware’ persoon. Op basis van deze benadering is het dan ook juister om het lichaam bij het persoonsbegrip onder te brengen.

Het onderscheid tussen beide tradities met bijbehorende kwalificaties van het menselijk lichaam wordt onder meer gehanteerd door de Franse rechtshistorici Thomas, Baud en Deroussin. Hun werk is niet strikt rechtshistorisch te noemen, maar maakt deel uit van het debat dat in Franse kringen woedt over de regulering van de medische biotechnologie. Deze analyses zijn dermate invloedrijk, dat uiteenlopende rechtsgeleerden als Iacub en Cayla, die een *laissez faire* beleid ten aanzien van biomedische technieken voorstaan, en Edelman en Labrusse-Riou, die juist principiële grenzen aan deze ontwikkelingen bepleiten, er zich gelijkelijk op beroepen. Hoewel de meningsverschillen onder Franse rechtswetenschappers op dit terrein hoog oplopen, bestaat er over de tradities van de juridische persoon, zoals die hieronder geschetst zullen worden, kennelijk overwegend eensgezindheid, en functioneert zij als een uitvalsbasis voor de discussies over de juridische status van het lichaam en het embryo. De bedoeling van de volgende paragrafen is dan ook niet om tot een zo nauwkeurig mogelijke en volledige geschiedenis van het juridische persoonsbegrip te komen. Met de selectieve geschiedenis van het persoonsbegrip die hierna volgt hoop ik niettemin het Franse rechtstheoretische debat over het menselijk lichaam en de medische biotechnologie inzichtelijk

140 N. Molfessis, “La dignité de la personne humaine en droit civil”, in: M.-L. Pavia en Th. Revet (red.), *La dignité de la personne humaine*, Parijs: Economica 1999, p. 109.

te maken. Naar deze analyses zal in het tweede deel van het onderzoek, bij de bespreking van de Franse debatten over recht en medische biotechnologie, bovendien meermalen worden verwezen.

Het levendige debat over het juridisch persoonsbegrip zoals dat in Franse rechtsgeleerde kringen wordt gevoerd, staat in schril contrast met het Nederlandse taalgebied, waar de hedendaagse literatuur over het juridisch persoonsbegrip bijzonder mager is. Pessers' preadvies geldt als een uitzondering.<sup>141</sup> Dat is te betreuren. Niet alleen vormt het juridische persoonsbegrip de sleutel tot een juist begrip van de problematiek waarmee de medische biotechnologie het recht confronteert. Maar ook biedt de onderstaande verkenning van de juridische persoon de mogelijkheid tot rechtsfilosofische reflectie over één van de centrale categorieën van het recht. Zoals Telders reeds in 1929 schreef:

“De rechtsphilosophie [...] is [...] niets anders dan de zelfontwikkeling van het begrip der persoonlijkheid, en het blijkt dus, dat het in de rechtsphilosophie, onder allerlei namen, steeds om de persoon zal gaan.”<sup>142</sup>

## 2.2 De artificialistische wortels van het juridisch persoonsbegrip

Het is gebruikelijk om beschouwingen over het juridische persoonsbegrip te beginnen met een verwijzing naar de ethymologie van het woord *persoon*. De wortels van het begrip liggen in het klassieke theater. *Persona* is zowel het masker waarachter het gezicht van de acteur schuil gaat, als de rol die door hem wordt gespeeld. Deze ethymologie maakt onmiddellijk inzichtelijk hoe artificieel het romeinsrechtelijke persoonsbegrip van aard is. *Persona* staat in het Romeinse recht niet voor het concrete individu of de mens in fysieke zin (*homo*), maar voor zijn juridische representatie, ofwel de rol die het objectieve recht voor hem heeft geschreven om op het juridisch toneel te spelen.<sup>143</sup> Volgens Deroussin en Thomas

141 D.W.J.M. Pessers, *Menselijke waardigheid en het persoonsbegrip in het recht* (preadvies CJV), Utrecht: Lemma 2005. Ook zij stelt dat het “niet eenvoudig [is] om zicht te krijgen op het persoonsbegrip en zeker niet op de historische ontwikkeling daarvan” (Pessers 2005, p. 10).

142 B.M. Telders, “De ontwikkeling van de persoon in en als het begrip van het privaatrecht”, in: *Verzamelde geschriften van prof. B.M. Telders*, deel 1 (aangehaald in Eggens 1998, p. 201).

143 In de woorden van Deroussin: “*Persona* n'est pas synonyme d'être humain mais met en présence d'un moyen technique de localisation des droits et obligations.” (D. Deroussin, “Personnes, choses, corps” in: E. Dockès et G. Lhuillier (red.), *Le corps et ses représentations*, Collection ‘Théories et droit’, Dijon: Litec 2001, p. 82-83). Spruit is een andere mening toegedaan: “In de Romeinse rechtsbronnen wordt het woord *persona* gebruikt als synoniem voor *homo*, en heeft dan de betekenis van ‘mens’, ongeacht of hij een vrij persoon of een slaaf is. Zo spreekt Gaius bijv. over *personae serviles*, onvrije personen” (J.E. Spruit, *Cunabula iuris. Elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 99). Volgens Thomas en Deroussin moet *persona* ook in het door Spruit genoemde fragment van Gaius als een door het recht geschreven rol worden opgevat, en staat *persona* in dit geval voor een bepaalde klasse of status, zodat *persona* ook hier niet gelijkstaat aan *homo* (zie Y. Thomas, “Le sujet concret et sa peronne. Essai

kunnen er weliswaar in grote lijnen twee betekenissen worden onderscheiden aan het begrip *persona* uit het Romeinse recht. Maar, zo stelt Deroussin, “dans tous ses sens, *persona* se détache de toute assise concrète, si bien que l’homme physique n’apparaît pas sur la scène juridique”.<sup>144</sup> Daarmee is de juridische persoon in het Romeinse recht een technisch-juridisch artefact, *un double du sujet réel*, zoals Thomas dat schrijft,<sup>145</sup> met een puur functioneel doel. De juridische persoonlijkheid is daarnaast ontdaan van metafysische connotaties met het subject in morele zin. Deroussin benadrukt dat juridische persoonlijkheid tegen de achtergrond van de Romeinse statusonderscheidingen<sup>146</sup> moet worden begrepen. De idee van de menselijke persoon zoals zij met name in de mensenrechten figureert is hier nog afwezig:

“*Persona* désigne l’homme tel qu’il se présente dans la vie juridique, remplissant les différents rôles que l’ordre juridique peut lui attribuer par rapport à un patrimoine. [...] *Persona* et individu physique ne coïncident donc pas nécessairement. [...] Dans tous les cas, *persona* renvoie à l’exercice d’une fonction. A Rome on ne trouve pas de doctrine philosophique ou juridique centrée sur la ‘personne humaine’, sur l’homme pris individuellement. L’homme est inséré dans les groupes sociaux, dans des *status*.”<sup>147</sup>

Volgens de aanvankelijke betekenis die in het Romeinse recht aan *persona* werd gegeven, correspondeert de juridische persoonlijkheid met de rollen die men vervult met betrekking tot een vermogen in juridische zin. De juridische persoonlijkheid is hier als een personage. Ieder individu kan in die opvatting meerdere *personae* tegelijkertijd zijn, bijvoorbeeld *pater familias*, verkoper, eigenaar en debiteur, afhankelijk van het aantal vermogens waartoe het individu zich op een

d’histoire juridique rétrospective”, in: O. Cayla en Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. A propos de l’affaire Perruche*, Gallimard/Le Débat, p. 127; en Deroussin 2001, p. 82-83).

144 Deroussin 2001, p. 85.

145 Thomas 2002, p. 126.

146 In tegenstelling tot de hedendaagse opvattingen over juridische persoonlijkheid, lagen deze statusonderscheidingen bovendien niet geheel vast, zoals blijkt uit het concept van *capitis diminutio*, ofwel een vermindering in status.

147 Deroussin 2001, p. 81. Zo ook Lokin: “De juridische persoonlijkheid wordt bepaald door het al dan niet hebben van een vermogen, dat wil zeggen van een geheel van rechten en plichten” (J.H.A. Lokin, *Prota. Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, Groningen: Chimaira 1993, p. 81). Ter illustratie van de verbondenheid van de juridische persoonlijkheid aan het vermogen, geeft Lokin een verhelderend voorbeeld uit het Romeinse erfrecht: “Indien de erfgenaam aanvaardt onder het voorrecht van boedelbeschrijving, *beneficium inventarii*, betekent dit dat het vermogen van de erflater nog niet met het zijne samensmelt. De vermogens blijven gescheiden en de schulden van de erflater worden met de baten uit zijn vermogen voldaan. [...] De erfgenaam hoeft niet met zijn eigen vermogen bij te springen [...]. In de tussentijd, na het overlijden en vóór de afwikkeling van de boedel van de erflater, heeft de erfgenaam dus twee vermogens, anders gezegd: is hij tweemaal een juridische persoon” (Lokin 1993, p. 83). Thomas stelt zelfs dat “le droit reconnaissait autant de personnes que de patrimoines, plutôt que d’individus” (Thomas 1998a, p. 100), ofwel: zoveel *personae* als vermogens.

bepaalde manier verhoudt.<sup>148</sup> Thomas stelt daarom dat “telle qu’elle est constituée en droit, la personne est une fonction abstraite, un contenant qui se prête à toutes sortes de contenus”.<sup>149</sup>

Een interessant voorbeeld dat Thomas en Deroussin noemen is dat van de gedeelde eigendom over een slaaf.<sup>150</sup> Op een dergelijke situatie was de volgende regel uit de *Digesten* van toepassing: *communis servus duorum servorum personam sustinet*<sup>151</sup> (“een gemeenschappelijke slaaf heeft de persoonlijkheid van twee slaven”). Ofwel, aangezien deze slaaf deel uitmaakt van twee vermogens, wordt hij in rechte ook twee keer als persoon aangemerkt. Wanneer deze gedeelde slaaf een belofte doet namens eigenaar A aan een slaaf van eigenaar B, dan spreekt hij in de hoedanigheid van slechts een van zijn twee personae, namelijk als slaaf van eigenaar A. Met andere woorden, hier wordt geen gebruik gemaakt van de juridische techniek van vertegenwoordiging, maar een andere juridische techniek, namelijk een verdubbeling van de persoonlijkheid.

Thomas en Deroussin gebruiken daarnaast een erfrechtelijke casus om te illustreren hoe omgekeerd meerdere mensen samen één persoon kunnen vormen. Wanneer iemand een erfenis nalaat aan zijn zoon, kleinzoon en vriend, kan men zich afvragen hoe de erfenis verdeeld dient te worden. Uitgaande van de regel dat de kleinzoon geen vermogensrechtelijke autonomie kent ten opzichte van zijn vader, dient de vriend de helft te krijgen, en de zoon en kleinzoon samen de andere helft. Volgens deze romeinsrechtelijke oplossing vormen vader en zoon dan één *persona*.<sup>152</sup>

Kortom, volgens het Romeinse recht kon iemand meerdere juridische personen tegelijkertijd zijn, en konden meerdere mensen samen één juridische persoon vormen. De meerdere juridische levens die men in het Romeinse recht leidde, stonden ver af van de singulariteit en temporaliteit van het bestaan van de mens uit de geleefde werkelijkheid. In de woorden van Tur:

“Apart from the *paterfamilias*, who was the hero of the Roman law story, all Romans possessed partial, rather than full, legal life. And what is interesting is that Romans could have a series of different legal lives, through the loss or acquisition of particular statuses. Even a slave, who started off theoretically as a thing, and therefore subject to the law of property, could acquire freedom, and thereby become subject to the law of persons.

When I ask my students, ‘What did Romans have in common with cats?’, the answer I seek, but very rarely get, is that both have many lives. Now, if the underlying idea of personality is the word ‘persona’, meaning ‘mask’ or ‘role’, the Romans could be

148 Thomas 2002, p. 126-127; Deroussin 2001, p. 80-81.

149 Thomas 1998a, p. 98.

150 Thomas 1998a p. 98-99; Deroussin 2001, p. 81.

151 *Digesten* 45, 3, 1, 4.

152 Thomas 1998a, p. 99-100; Deroussin 2001, p. 81; Thomas 2002 p. 126-127.



said to play several roles in legal dramas, simply by changing their status. It follows, of course – and this is significant – that there was in Roman law no one-to-one relationship between the physical being and that physical being’s legal life or lives. [...] In Roman law, human beings had legal lives that started and stopped during their natural lifetimes.”<sup>153</sup>

Volgens deze opvatting konden ook slaven *personae* zijn wanneer zij een actieve juridische rol vervulden.<sup>154</sup> Dit kan enige verbazing wekken, aangezien de *servi* naar huidige opvattingen iedere vorm van rechtssubjectiviteit ontbeerden, en eerder de status van een dier of een levenloze zaak benaderden dan van wat wij nu een persoon noemen.<sup>155</sup> Daarbij moet echter worden aangetekend dat wanneer de slaaf het object van de rechten van anderen vormde, hij wel degelijk in het klassiek-Romeinse recht gelijkstond aan een *res*, dat wil zeggen de andere kant van de *summa divisio* (die in de indeling van Gaius’ *Institutes* eigenlijk uit drie categorieën bestond: *persona*, *res* en *actio*).<sup>156</sup> Op die manier werd het menszijn van de slaaf echter niet ontkend. Daarmee werd slechts aangegeven dat de slaaf in deze concrete situatie niet een “juridische roldrager”<sup>157</sup> is, maar de *juridische* positie van een zaak inneemt.

Op dezelfde manier werd ook de zoon van de *familia* drie maal als slaaf verkocht en vrijgelaten in het proces van *emancipatio*, om zo uit de vaderlijke macht te worden bevrijd.<sup>158</sup> Het onderscheid tussen *persona* en *res* was daarom niet absoluut. Deroussin spreekt in dat verband van een “continuité entre l’être et l’avoir”.<sup>159</sup> Meer algemeen namen vreemdelingen en al degenen die vielen onder de *patria potestas* (dus alle leden van de Romeinse familie op de *pater familias* na) slechts beperkt deel aan het rechtsverkeer. Daarmee is niet gezegd dat hun algemene status als mens (*homo*) in twijfel werd getrokken, maar dat zij minder rollen (*personae*) dan de machtige *pater familias* konden vervullen in het klassiek-Romeinse recht. Kortom, het persoons- en zaaksbegrip zijn in deze periode beide technische begrippen waarvan de toepassing zelfs *per individu en object* afhankelijk is van de juridische context.

In het laat-Romeinse recht van de 5<sup>e</sup> en 6<sup>e</sup> eeuw ontwikkelde het begrip zich echter tot een constanter concept, verwijzend naar de door het recht aan het indi-

153 R. Tur, “The ‘person’ in law”, in: A. Peacocke en G. Gillett (red.), *Persons and personality. A contemporary inquiry*, Oxford/New York: Basil Blackwell 1987, p. 116-129.

154 Deroussin 2001, p. 82-83.

155 Lokin 1993, p. 87.

156 Deroussin 2001, p. 88.

157 Zoals Bergamin dat uitdrukt, zie R.J.B. Bergamin, *De persoon in het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000, p. 17.

158 Via de *emancipatio* werd de zoon uit de vaderlijke macht bevrijd. Als hij drie maal als slaaf was verkocht aan bijv. een vriend van de familie, en ook drie maal door die vriend was vrijgelaten, werd de zoon *sui iuris*. Zie Lokin 1993, p. 92-93.

159 Deroussin 2001, p. 89.

vidu geattribueerde *capaciteit* om verschillende juridische rollen te spelen.<sup>160</sup> Niet iedereen bezat die juridische capaciteit. Met andere woorden, niet iedereen was persoon. In tegenstelling tot het klassiek-Romeinse persoonsbegrip is het vanuit dit persoonsbegrip wel correct om te stellen dat slaven over het algemeen niet als personen in juridische zin werden gezien.<sup>161</sup> Vanuit dit perspectief kan het persoonsbegrip mede als een mechanisme tot in- en uitsluiting van individuen binnen en buiten de rechtsgemeenschap worden beschouwd.<sup>162</sup> Het is pas vanaf deze fase in de ontwikkeling van het persoonsbegrip dat men kan gaan spreken van ‘het wel of niet hebben’ van juridische persoonlijkheid. De persoon is dan geëvolueerd tot de juridische, abstracte tegenhanger van de concrete mens van vlees en bloed.

De persoonskwalificatie stond daarmee evenwel nog altijd in dienst van juridische techniek en correspondeerde niet met de concrete, materiële werkelijkheid. Van de lichamelijke dimensie van het menselijk bestaan is in het Romeinse persoonsbegrip weinig terug te vinden. Om die reden stelt Baud, wiens rechtshistorische onderzoek hoofdzakelijk de plaats van het menselijk lichaam in het recht betreft, dat het onderscheid tussen persoon en zaak uit het Romeinse burgerlijk recht “a eu pour effet de désincarner le droit”.<sup>163</sup> Weliswaar is het lichaam niet compleet afwezig in het Romeinse recht, zoals met name blijkt uit het feit dat ook lijfstraffen waren erkend. Maar met het klassiek-Romeinse recht, en met name het bijbehorende persoonsbegrip, werd volgens hem een proces in gang gezet, dat vele eeuwen later zou eindigen in “l’abandon des peines corporelles, qui fut l’ultime étape de la désincarnation du droit”.<sup>164</sup>

Baud betoogt dat de Romeinse ‘ontlichamelijking’ van het recht aanvankelijk vooral een poging was om zich te ontdoen van de primitieve elementen uit het vroeg-Romeinse recht, zoals van de Wet van de Twaalf Tafelen:

“En fait, le droit civil s’est construit sur les décombres d’un édifice juridique qui impliquait totalement le corps. C’est la désincarnation du droit qui permet de substituer à la sauvagerie de pratiques qui litigeait magiquement les corps un discours rationnel sur les relations juridiques.”<sup>165</sup>

160 Thomas 2002, p. 128 e.v.; Deroussin 2001, p. 84-85.

161 Zoals tot uitdrukking wordt gebracht in de spreuk *servus caput non habet*. Toch kwam in uitzonderlijke gevallen slaven wel enige juridische persoonlijkheid toe via hun werkvermogen (*peculium*), zie Lokin 1993 p. 87-88, Spruit 1994, p. 15.

162 Een verwante rechtsfiguur is de *mort civile* die in het Franse recht tot 1854 bestond. Na het begaan van een ernstig misdrijf kon een individu veroordeeld worden tot het sterven van een burgerrechtelijke dood, ofwel een verstoting uit de rechtsgemeenschap. Zie Bergamin 2000, p. 21, en Thomas 2002, p. 137.

163 J.-P. Baud, *L’affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Des Travaux/Seuil: Parijs 1993, p. 17.

164 Baud 1993, p. 48.

165 Baud 1993, p. 49.

Als voorbeelden van de manieren waarop het lichaam in het vroeg-Romeinse recht wel degelijk een plek had, noemt hij ten eerste de figuur van *homo sacer*, een vorm van verbanning die in hoofdstuk 7 aan de hand van het werk van Agamben aan bod zal komen. Daarnaast beschrijft hij de talloze manieren waarop partijen in het verbintenissenrecht ook via hun lichaam werden gebonden: “dans le droit romain antique, la règle générale est que le délinquant qui indemnise et le débiteur qui paye rachètent leur corps.”<sup>166</sup>

Volgens Baud werd het lichaam vervolgens in de klassiek-Romeinse periode in toenemende mate uit het privaatrecht weggerationaliseerd. Als belangrijk onderdeel van deze geleidelijke verdwijning van het lichaam beschouwt hij de uitbanning van het heilige uit het rechtsverkeer. Heilige zaken, ofwel de *res sacrae, sanctae et religiosae* (tezamen genoemd de *res divini iuris*) behoorden volgens Gaius' *Instituten* tot de categorie van de *res extra commercium*: zaken die buiten het rechtsverkeer vallen, en waarop men bijvoorbeeld geen eigendomsrecht kan hebben. Daarmee werd het heilige karakter van deze objecten erkend, maar op zo'n manier dat het heilige buiten het juridische leven werd geplaatst. Die tendens werd versterkt, zo stelt Baud, doordat ook de personen die zich met heilige zaken bezighielden, zoals priesters en magistraten, geen deel uitmaakten van het privaatrechtelijk systeem, maar onder het publiekrecht vielen.<sup>167</sup> Bij gevolg zijn de verwijzingen naar heilige zaken en personen in de wetgeving van Justinianus uiterst spaarzaam, constateert Baud. Daarmee verdween echter ook de ruimte voor verwijzingen naar de lichamelijke sfeer uit het Romeinse privaatrecht. Met andere woorden, de *desacralisering* van het recht bracht volgens hem eveneens een *desincarnatie* van het recht, ofwel een verwijdering van het lichaam uit het recht, teweeg.

Toch is ook volgens Baud het zwaartepunt van de ‘ontlichemelijking’ van het recht gelegen in de artificialiteit van het romeinsrechtelijke persoonsbegrip.<sup>168</sup> Hij benadrukt net als Deroussin en Thomas dat het persoonsbegrip vanaf het Romeinse recht voor de juridische gedaante(s) staat die het individu aanneemt wanneer hij de wereld van het recht betreedt. Weliswaar kan in het Romeinse recht nog niet worden gesproken van subjectieve rechten zoals wij die in het huidige recht kennen, maar de idee van een juridische eenheid door wie en tegen wie het recht wordt uitgeoefend is reeds herkenbaar.<sup>169</sup>

Het persoonsbegrip in deze artificialistische versie benadert zo de algemene betekenis van rechtssubjectiviteit, en toont daarmee de romeinsrechtelijke wortels van het bestaande persoonsbegrip. Nog altijd geldt tot op zekere hoogte het onder-

<sup>166</sup> Baud 1994, p. 52.

<sup>167</sup> Baud verwijst naar *Digesten* 1.1.1 §2 (Baud 1994, p. 27).

<sup>168</sup> “L'apparition de la notion de personne est une étape déterminante dans l'histoire de la désincarnation du droit et c'est pour cette raison qu'il faut préciser très clairement sa nature” (Baud 1994, p. 60).

<sup>169</sup> Baud 1994, p. 61-62; Deroussin 2001, p. 86. Daarmee zetten beide auteurs zich expliciet af tegen de bekende these van rechtshistoricus Michel Villey.

scheid tussen de mens als lichamelijk wezen en de persoon van het recht. Ook in het hedendaagse recht is de frase “*homo naturae, persona iuris civilis vocabulum*”<sup>170</sup> toepasselijk.

Deze kunstmatige aard van de juridische persoon wordt onderstreept door de ficties waarmee het persoonsbegrip is omgeven. De bekendste wettelijke uitzondering op de biologische grenzen van de juridische persoonlijkheid is wel de *nasciturus*-fictie van artikel 1:2 BW, die teruggaat op het Romeinse recht, en waarin wordt bepaald dat het kind waarvan een vrouw zwanger is als reeds geboren wordt aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dat vordert. Maar ook de juridische constructie die het mogelijk maakt dat het recht op lichamelijke integriteit na de dood doorwerkt, of dat een wrongful life claim wordt toegekend, kunnen met ficties rondom de juridische persoon in verband worden gebracht.<sup>171</sup> In dergelijke gevallen “bepaalt het recht in afwijking van het metafysisch een eigen begrip van de menselijke persoon”, zoals Petit dat in zijn oratie over de persoon van het burgerlijk recht formuleert.<sup>172</sup> Via de genoemde ficties wordt het mogelijk om in rechte de persoon los te denken van zijn lichaam.

Het subject in juridische zin is wat dat betreft inderdaad een construct: een abstractie en reductie van de geleefde werkelijkheid tegelijkertijd. Het is de juridische gedaante waarin het individu gehuld gaat wanneer hij het juridisch toneel en de publieke sfeer betreedt. In *On revolution* wijdt Hannah Arendt soortgelijke gedachten aan het persoonsbegrip uit het Romeinse recht. Zij onderstreept daar het onderscheid tussen *persona* en *homo* als volgt:

“The distinction between a private individual in Rome and a Roman citizen was that the latter had a *persona*, a legal personality, as we would say; it was as though the law had affixed to him the part he was expected to play on the public scene, with the provision, however, that his own voice would be able to sound through. The point was that ‘it is not the natural Ego which enters a court of law. It is a right-and-duty-bearing person, created by the law, which appears before the law.’ Without his *persona*, there would be an individual without rights and duties, perhaps a ‘natural man’ – that is, a human being or *homo* in the original meaning of the word, indicating someone outside the range of the law and the body politic of citizens, as for instance a slave – but certainly a politically irrelevant being.”<sup>173</sup>

Op die manier toont de deels Romeinse origine van het huidige persoonsbegrip hoe de persoon een voorstelling van het individu is binnen het juridische veld en als zodanig mede een afspiegeling vormt van de verhouding tussen rechtssub-

170 “Het woord mens heeft betrekking op de natuur, en het woord persoon op het burgerlijk recht” (Doneau, *Commentaria iuris civilis*, Napels 1763, vol. I, p. 65, aangehaald in Thomas 2002, p. 130).

171 Daarover meer in hoofdstuk 6 en 8.

172 Petit 1947, p. 6.

173 Arendt [1963] 1966, p. 102-103.

ject en rechtsgemeenschap. Zijn rechtssubjectiviteit is niet de reflectie van zijn concrete, natuurlijke zelf, noch wordt hij, zoals de logica van het natuurrecht het wil, ermee geboren, maar vormt de reflectie van zijn status in de groep, en zijn verhouding tot de rechtsgemeenschap.

Zoals de verhouding van de burger tot de publieke sfeer een transformatie heeft ondergaan, zo is ook de betekenis van rechtssubjectiviteit in de loop der tijd veranderd. De artificialiteit van het romeinsrechtelijke persoonsbegrip vormt echter nog altijd een mooie illustratie van de manier waarop de juridische persoonlijkheid te beschouwen is als het stempel dat de rechtsgemeenschap op het individu drukt. Via zijn rechtssubjectiviteit maakt het individu deel uit van een groter geheel, waaraan hij is onderworpen (*subiectum*), maar dat hem ook constitueert als autonoom subject. Als rechtssubject draagt een ieder de rechtsgemeenschap in zich mee. Of zoals Pessers het treffend formuleert: *de ander wordt ingeschreven in het rechtssubject*.<sup>174</sup>

Tegelijkertijd is het de natuur die uit het subject wordt weggeschreven. Door zich te onderwerpen aan de rechtsorde, laat het subject de chaos van de natuurtoestand achter zich. In dat verband kan zelfs worden gesteld dat rechtssubjectiviteit in de artificialistische traditie berust op een *gedenaturaliseerd* mensbeeld. Aan de hand van Thomas Hobbes' contracttheorie kan die stelling filosofisch worden onderbouwd.

Hoewel Hobbes (1588-1679) wordt gerekend tot de grote denkers van het moderne natuurrecht, kent zijn rechtstheorie een sterk positivistische inslag. Hobbes wijdt een beroemde passage uit zijn *Leviathan* (1651) aan het onderscheid tussen de "Naturall Person" en de "Feigned or Artificiall person", dat hij duidt als een onderscheid tussen *proposon* en *persona*:

"The word Person is latine: instead whereof the Greeks have προσωπον, which signifies the *Face*, as *Persona* in latine signifies the *disguise*, or *outward appearance* of a man, counterfeited on the Stage [...] So that a *Person*, is the same that an *Actor* is, both on the Stage and in common Conversation."<sup>175</sup>

Zoals in het Romeinse recht het begrip *persona* aan de juridische roldrager refereert, zo is bij Hobbes de "artificiële persoon" een acteur. De acteur, ofwel het *persona*, is een vertegenwoordiging van de natuurlijke persoon, die Hobbes op zijn beurt ook wel aanduidt als *auteur*. Deze *Naturall Person* is de mens zoals hij is in de natuurtoestand, een toestand die bij Hobbes wordt gekenmerkt door een eindeloze oorlog van allen tegen allen. Van nature gelijkelijk uit op winst,

174 Pessers 2005, p. 27.

175 Zie hoofdstuk 16 van *Leviathan*: "Of persons, authors, and things personated" (T. Hobbes [1651], *Leviathan*, Cambridge: Cambridge University Press 1992, p. 112).

veiligheid en status, verwordt een ieder onontkoombaar tot elkaars vijand.<sup>176</sup> De strijd kent bovendien geen einde, aangezien een ieder is uitgerust met vergelijkbare geestelijke en fysieke krachten. De enige manier waarop de mens aan deze natuurtoestand kan ontsnappen, en waartoe men volgens Hobbes dan ook op basis van zijn eigen rationele belangen zal besluiten, is de creatie van een derde instantie: de soeverein. Via de juridische constructie van een sociaal contract, waarvan een ieder de co-auteur zal zijn, draagt men zijn macht over aan de soeverein, die als representant van ons allen over ons allen zal regeren. De soeverein wordt de artificiële persoon in wie wij als auteurs samenkomen, “our Artificiall Man the Common-wealth”. Maar niet alleen het persona van de soeverein is in die zin kunstmatig. Een ieder laat, wanneer hij toetreedt tot de gezamenlijk gecreëerde rechtsorde, zijn natuurlijke persoon achter:

“As men, for the attaining of peace and conservation of themselves thereby, have made an Artificiall Man, which we call a Common-wealth; so also have they made Artificiall Chains, called *Civill Lawes*, which they themselves, by mutuall covenants, have fastned at one end to the lips of that Man, or Assembly, to whom they have given the Sovereigne Power, and at the other to their own Ears. These Bonds, in their own nature but weak, may neverthelesse be made to hold, by the danger, though not by the difficulty of breaking them. In relation to these Bonds only it is, that I am to speak now, of the *Liberty of Subjects*.”<sup>177</sup>

Een ieders publieke persoonlijkheid en vrijheid zijn in die zin kunstmatig. De wolvenstaat verandert in een rechtsstaat, de wolf verandert in een rechtssubject. Het recht krijgt in Hobbes' politieke filosofie een denaturaliserend effect: de mens zet zijn masker op, zijn prosopon (gelaat) verdwijnt achter zijn persona (masker).<sup>178</sup> Vanuit dit nominalisme is de juridische persoon slechts een *sociale* representatie: de *natuur* van de mens wordt door de persoon niet alleen niet tot uiting gebracht, maar zelfs onderworpen ten behoeve van de rechtsorde.

176 “In Hobbes' woorden: “[...] in the nature of man, we find three principall causes of quarrell. First, Competition; secondly, Diffidence; thirdly, Glory. The first maketh men invade for Gain; the second, for Safety; and the third, for Reputation. The first use Violence, to make themselves Masters of other mens persons, wives, children, and cattle; the second, to defend them; the third, for trifles, as a word, a smile, a different opinion, and any other signe of undervalue, either direct in their Persons or by reflection in their Kindred, their Friends, their Nation, their Profession, or their Name. Hereby it is manifest that during the time men live without a common Power to keep them all in awe, they are in that condition which is called Warre; and such a warre as is of every man against every man.” (Hobbes [1651] 1992, p. 88).

177 Zie hoofdstuk 21 van *Leviathan* (Hobbes [1651] 1992, p. 147).

178 Edelman beschrijft deze positie als volgt: “Le droit, système de l'ordre, aurait donc pour effet de ‘dénaturer l'homme’; bridant ses instincts, il l'artificialiserait. L'Homme du droit serait un homme dénaturé en ce sens que sa ‘nature’ serait contrainte; et par ‘nature’ il faudrait donc entendre les désirs, les passions, la liberté sauvage, liés entre eux par le ciment de l'intérêt” (B. Edelman, *La personne en danger*, Parijs: PUF 1999, p. 354-355).

De artificialistische traditie zal door de eeuwen heen verschillende gedaantes aannemen, die Deroussin in het vervolg van zijn historische beschouwing beschrijft, maar die hier helaas onbesproken moeten blijven.<sup>179</sup> Er kan wel alvast op worden gewezen dat ook in deze tijd representanten van een artificialistische kijk op de persoon zijn aan te wijzen. De discussies waarin deze hedendaagse artificialisten zich mengen betreffen vooral de relatie van de juridische persoon tot het lichaam in het licht van de biomedische ontwikkelingen. In hoofdstuk 6 kom ik daarop terug. Daarbij zal onder meer blijken dat deze denkers zich met name door Hans Kelsens rechtstheorie laten beïnvloeden. Om die reden wordt in deze context nog kort stilgestaan bij de kelseniaanse variant op het artificialisme, voordat deze paragraaf wordt afgesloten met een aantal algemene opmerkingen over de artificialistische traditie.

Ook in Kelsens rechtspositivisme is de juridische persoon afgesneden van de fysieke werkelijkheid. De persoon staat volgens Kelsen slechts voor een bundel rechten en plichten, zonder enige betrekking op de mens van vlees en bloed. Zijn beschouwingen over de juridische persoon lijken in het licht van het persoonsbegrip uit het Romeinse recht echter “*finalement peu originale*”, zoals Deroussin schrijft.<sup>180</sup> De overeenkomsten tussen de kelseniaanse benadering, en het begrip *persona* uit het laat-Romeinse recht zijn opvallend, zoals uit het volgende citaat blijkt over de betekenis van het juridisch begrip van de natuurlijke persoon:

“*Physische Person* is nicht – wie die traditionelle Lehre behauptet – der Mensch. Das ist kein juristischer, das ist ein biologisch-psychologischer Begriff. Er drückt keine für das Recht oder die Rechtserkenntnis gegebene Einheit aus. Denn das Recht erfaßt den menschen nicht in seiner Totalität, nicht mit allen seinen seelischen und körperlichen Funktionen. Es statuiert – als Pflicht oder Berechtigung – nur ganz bestimmte menschliche Akte. Mit anderen Worten: Der Mensch gehört der durch eine Rechtsordnung konstituierten Gemeinschaft nicht zur Gänze, sondern nur mit einzelnen seiner Handlungen oder Unterlassungen an, soweit diese eben durch die Normen der Gemeinschaftsordnung geregelt werden. [...] Der juristische Begriff der Person oder des Rechtssubjekts drückt nur die Einheit einer Vielheit von Pflichten und Rechten, daß heißt aber die Einheit einer Vielheit von Normen aus, die diese Pflichten und Rechte statuieren. Die dem Einzelmenschen korrespondierende *physische Person* is die Personifikation, das ist der personifizierte Einheitsausdruck der das Verhalten eines Menschen regelnden Normen.”<sup>181</sup>

179 Deroussin 2001, p. 95 e.v.

180 Deroussin 2001, p. 103.

181 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig en Wenen: Franz Deuticke 1934, p. 52-53. De bekendere tweede druk kent vergelijkbare passages (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage* 1960, Wenen: Franz Deuticke 1967, p. 176-178).

Met andere woorden, de juridische persoon *heeft* in Kelsens benadering geen rechten en plichten; hij *is* die bundel rechten en plichten.<sup>182</sup> De banden met de biologische werkelijkheid worden hier drastisch doorgesneden. De juridische persoon is volledig het product van juridische conventie. Daarmee wordt de nominalistische inslag van het artificialisme duidelijk zichtbaar.

Vanuit het oogpunt van dit nominalistische, artificialistische persoonsbegrip wordt het mogelijk de vraag te stellen aan wie het is om dit geconstrueerde persoonsbegrip af te bakenen en vorm te geven. De persoon is volgens deze juridische traditie immers niet een vaststaand gegeven, maar een product van wets- en rechtstechniek. Is het aan het collectief of het individu, aan de rechtsgemeenschap of het rechtssubject, om tot een invulling van het persoonsbegrip te komen? In hoeverre dient het rechtssubject in staat te zijn om zelf zijn lidmaatschap van de rechtsgemeenschap vorm te geven? Of berust die bevoegdheid daarentegen uitsluitend bij de rechtsgemeenschap?

Om de vrijheid van het individu te garanderen is een zekere institutionele bemiddeling noodzakelijk. De staat draagt er zorg voor dat een ieder tot zijn recht komt en men zich vrijelijk kan ontplooien. Individuele vrijheid is wat dat betreft slechts mogelijk door invoeging in een collectieve structuur, waarbinnen een ieder als individu kan worden erkend. In artikel 29 lid 1 van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens wordt dat als volgt tot uitdrukking gebracht: *Een ieder heeft plichten jegens de gemeenschap, zonder welke de vrije en volledige ontplooiing van zijn persoonlijkheid niet mogelijk is.*

Het stempel dat daarbij op het individu wordt gedrukt komt met name tot uiting in het juridisch persoonsbegrip. Slechts ‘gestempeld’ als juridisch persona kan men, zoals hiervoor is beschreven, het juridisch toneel betreden, om daar tot volle ontplooiing en autonomie te komen. Onduidelijk is echter enerzijds vanaf welk moment de collectieve structuur niet langer slechts als bemiddelaar functioneert en de trekken van een repressieve orde begint te krijgen; en anderzijds wanneer een te vergaande “personalisering van de publieke sfeer”<sup>183</sup> de collectieve structuur fataal wordt, en daarmee de cruciale bemiddeling door het recht onmogelijk maakt. Pessers verwoordt de interne dynamiek van de rechtsorde en het persoonsbegrip als volgt:

“De symbolische orde van de rechtsstaat – als juridische uitdrukking van die gemeenschap – is gericht op de vrijheid van het individu enerzijds en op de instand-

182 Zoals Kelsen dat zelf helder formuleert: “Die physische oder juristische Person, die Rechtspflichten und subjektiven Rechte – als deren Träger – ‘hat’, ist diese Rechtspflichten und subjektiven Rechte, ist ein Komplex von Rechtspflichten und subjektiven Rechten, deren Einheit im Begriff der Person figürlich zum Ausdruck kommt. Die Person ist nur die Personifikation dieser Einheit” (Kelsen 1967, p. 177).

183 Zoals de ondertitel luidt van Pessers’ oratie (D.W.J.M. Pessers (2003a), *Big Mother. Over de personalisering van de publieke sfeer* (oratie VU Amsterdam), Den Haag: Boom 2003).



houding van zichzelf als collectieve structuur voor die vrijheid anderzijds. De eeuwige spanningsverhouding tussen individu en gemeenschap blijkt zich te herhalen in de spanningsverhouding tussen rechtssubject en rechtsgemeenschap. Wanneer persoonlijke rechten worden verabsoluteerd vormen zij een bedreiging voor de instandhouding van de rechtsgemeenschap. De rechtsgemeenschap daarentegen is gebonden aan haar duurzaamheid en haar garantie van vrijheid ook voor komende generaties [...] overall waar deze grenzen worden opgeheven en waar dus sprake is van desymbolisering, lost het rechtssubject op in het individu, lost de ambtenaar op in de persoon die het ambt uitoefent, lost de politiek op in de macht en dreigen weer de ongetemde machtsverhoudingen van de rechtsstaat.”<sup>184</sup>

Dit interne spanningsveld van het recht en het persoonsbegrip treedt vooral op de voorgrond in de discussies over de menselijke waardigheid, zoals nog zal blijken.

Een goed voorbeeld van het spanningsveld tussen rechtssubject en rechtsgemeenschap is de burgerlijke staat. De toetreding tot de rechtsgemeenschap wordt met name gesymboliseerd door de burgerlijke staat. Via familienaam, sekse, en de gehuwde of ongehuwde staat wordt een ieder in de rechtsgemeenschap als persoon gekend en gevormd. Maar heeft het rechtssubject ook zelf iets te zeggen over de wijze waarop hij deel uitmaakt van de gemeenschap? De strijd van de transseksueel om verandering van naam en sekse in de geboorteregisters, en van de homoseksueel voor erkenning van het homohuwelijk, kunnen in dit licht gezien worden. Die strijd wordt in internationaal verband veelal via het recht op respect voor privéleven van de persoon in kwestie gevoerd. Met name in de jurisprudentie over artikel 8 EVRM komt deze strijd om erkenning naar voren.

Zo is onlangs uit artikel 8 EVRM de plicht van de overheid afgeleid om een doodgeboren kind de naam van zijn overleden vader te geven (voor op de grafsteen), hoewel die vader, die reeds gescheiden was van de moeder, daarvoor afgaand aan zijn dood geen toestemming voor had gegeven.<sup>185</sup> Ook is het recht van de transseksueel op erkenning van zijn nieuwe sekse in de geboorteregisters erkend,<sup>186</sup> evenals het recht van de transseksueel om te trouwen met iemand van

184 Pessers 2003a, p. 37.

185 Zie EHRM 2 juni 2005, *EHRC* 2005, 75, m.nt. E. Brems (*Znamenskaya t. Rusland*). Die toekenning geschiedde overigens op basis van het recht van de moeder op privacy en familieleven, en niet dat van het kind, waarvan het immers volgens de EHRM-zaak *Vo* onduidelijk is of het nu als persoon of niet moet worden gezien. Interessant genoeg wijst het Hof de claim van de moeder toe, mede op grond van het feit “the situation where a legal presumption is allowed to prevail over biological and social reality, without regard to both established facts and the wishes of those concerned and without actually benefiting anyone, is not compatible, even having regard to the margin of appreciation left to the State, with the obligation to secure effective ‘respect’ for private and family life” (r.o. 31).

186 EHRM 11 juli 2002, *NJCM-Bull.* 2003, 330, m.nt. P. Van Dijk (*Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*); in dezelfde zin *I. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 11 juli 2002, zaaknr. 25680/94.

zijn voormalige geslacht.<sup>187</sup> In Nederland heeft de Hoge Raad daarentegen een vordering om als geslachtsloze persoon te worden ingeschreven afgewezen. Een van de overwegingen daarbij luidde dat de erkenning van geslachtsloosheid niet voortvloeit uit de positieve verplichtingen van artikel 8 EVRM.<sup>188</sup>

Tot slot dient nog melding te worden gemaakt van een interessante Franse rechtzaak over de burgerlijke staat van doodgeboren foetussen, al hoewel artikel 8 EVRM hierin strikt genomen geen rol speelde. De eisers in kwestie vochten met succes bij de Cour de Cassation de weigering aan om hun doodgeboren kind van 21 weken oud in te schrijven in de registers van de burgerlijke stand. Volgens de bestaande juridische regeling konden slechts doodgeboren foetussen die reeds voorbij de levensvatbaarheidsgrens waren, worden ingeschreven in de geboorteregisters als “né sans vie”.<sup>189</sup> Aangezien het doodgeboren kind van de eisers nog niet voorbij deze grens was, werd zijn bestaan, evenals dat van andere kinderen die voor het levensvatbaarheidsstadium het leven hadden gelaten, juridisch niet erkend. In het arrest maakt de Cour de Cassation een einde aan deze praktijk. Het resultaat van het arrest is dat de inschrijving in de registers voortaan niet meer afhankelijk is van het ontwikkelingsniveau van de foetus.

De regelgeving en jurisprudentie op het terrein van de burgerlijke staat heeft zich intussen zodanig ontwikkeld dat een complexe vermenging van biologische en juridische realiteit is ontstaan, die tot verwarrende situaties kan leiden. Een voorbeeld biedt een Franse affaire uit 2005 over de huwelijksvoltrekking tussen twee transseksuelen. Beiden waren na een geslachtsverandering tot de vrouwelijk sekse gaan behoren. Camille, van Franse origine, had ook juridisch dat geslacht verkregen: haar sekse was aangepast in de geboorteregisters. Haar verloofde Monica echter, die Argentijnse is, was volgens registers nog altijd van het mannelijk geslacht, ondanks de feitelijke veranderingen aan haar lichaam. Formeel juridisch konden de twee elkaar daarom huwen, hoewel in Frankrijk het homo-huwelijk niet is erkend. Het Openbaar Ministerie van Nanterre kwam echter in verzet, onder meer omdat de twee van plan waren ook vrouwelijk gekleed het huwelijk aan te gaan. De Officier van Justitie zag het aanstaande huwelijk als een “forme de provocation, un mariage militant, caractérisé par une absence de projet matrimonial”. Onmiddellijk stond een aantal groeperingen klaar om de aanklacht te betwisten, waaronder een groep van publieke persoonlijkheden uit onder meer de filosofie, politiek en psychoanalyse. Onder de leuze “laissez-nous vivre”, stelde deze groep: “Va-t-on nous dire, désormais, qu’il faut non seulement

187 Eveneens in *Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*.

188 HR 30 maart 2007, *NJ* 2007, 609, m.nt. J. de Boer (AA 2007, 685, m.nt. A.J.M. Nuytinck), r.o. 3.5.3.

189 Cass. civ. 6 februari 2008, *JCP* 2008, II 10045, m.nt. G. Loiseau.

que les deux partenaires du couple soient de sexes différents (selon les conventions traditionnelles), qu'ils se considèrent comme tels, etc.?"<sup>190</sup>

Bovenstaande kwesties roepen een aantal cruciale vragen op, die kenmerkend zijn voor de confrontatie tussen recht en medische biotechnologie. Op welke momenten zoekt het recht aansluiting bij de biologische werkelijkheid, en op welke momenten valt het recht terug op zijn eigen constructen? Hoe conceptualiseert het recht de natuur wanneer zij kan worden gemanipuleerd? En in hoeverre wordt de subjectieve interpretatie van de individuen in kwestie daarin gekend?

In de Romeinse traditie van het recht, waarin de juridische persoon vooral als een technisch hulpmiddel voor de lokalisering van rechten en plichten wordt beschouwd,<sup>191</sup> is een verband met de biologische werkelijkheid niet vanzelfsprekend. Zoals Deroussin<sup>192</sup> en Thomas<sup>193</sup> stellen, is het recht in deze traditie een kunst, een artefact, ofwel een *ars*, zoals in de formule *ars aequi et boni*. Deze kunstmatigheid van het recht resulteert in een zekere kunstmatigheid van de persoon. Maar wat zegt een dergelijk persoonsbegrip over de kunstmatigheid van het lichaam? Tot het uiterste doorgeredeneerd kan een gedenaturaliseerd persoonsbegrip uitmonden in de juridische affirmatie van de kunstmatigheid van het lichaam. Vanuit dat gezichtspunt is het problematisch om op basis van juridische categorieën als de persoon beperkingen te willen stellen aan lichamelijke zelftransformatie. Het beginsel van zelfbeschikking past dan ook goed in deze traditie.

Het verband tussen artificialisme en lichamelijke zelfbeschikking wordt nog verder versterkt doordat het lichaam in deze traditie slechts als een zaak gestalte kan krijgen. Aangezien dit juridische persoonsbegrip een vergaande abstractie vormt van de mens uit de geleefde werkelijkheid, kan het lichaam niet als deel van de juridische persoon worden opgevat, maar uitsluitend als een zaak die in meer of mindere mate aan de beschikkingsmacht van de persoon is onderworpen.

Tot slot kunnen we in het licht van deze traditie begrijpen hoe één van de moeilijkheden bij de regulering van de biotechnologische toepassingen op het menselijk lichaam is, dat het recht zelf even manipuleerbaar blijkt te zijn als het lichaam in het biomedisch tijdperk. In de rake woorden van Baud:

“Les civilistes [...] sont allés plus loin que ce qu'on peut actuellement concevoir au regard des sciences médico-chirurgicales et des biotechnologies. Pour l'instant, on ne peut envisager qu'elles ne rattrapent le droit que dans la science-fiction la plus fantasmagorique, celle qui ose concevoir la fabrication d'êtres collectifs. Les problèmes qui se posent à notre époque viennent de ce qu'on se demande si les

190 Zie A. Chemin, “Le parquet s'oppose à l'union des transsexuelles de Rueil”, *Le Monde*, 30 mei 2005, p. 9.

191 Deroussin 2001, p. 82.

192 Deroussin 2001, p. 91.

193 Thomas 1998a, p. 104-105.

sciences et techniques du vivant ne vont pas aller trop loin dans l'imitation de ce que le droit civil a conçu de plus prodigieux. Mais réincarnant par là le droit, elles posent en retour l'irritante question de la situation du corps humain entre les personnes et les choses.”<sup>194</sup>

Het lichaam keert als gevolg van regulering van de biomedische praktijk terug in het recht, stelt Baud. Deze reïncarnatie van het recht stuit op de artificialistische grondslagen van het persoonsbegrip. Het vocabulaire van het natuurrecht daarentegen, geeft door middel van een voorgegeven concept van de natuur substantiële inhoud en kleur aan de juridische persoon. Wat dat betreft lijkt een naturalistisch-ontologische benadering op het eerste gezicht beter in staat een ankerpunt te bieden van waaruit beperkingen kunnen worden gesteld aan de mogelijkheden tot biomedische zelfmodificatie.

### 2.3 De naturalistische en ontologische wortels van het persoonsbegrip

Vanaf het middeleeuwse recht wordt het persoonsbegrip onder invloed van het christendom, het natuurrecht en de scholastiek gekoppeld aan een substantieel mensbeeld, namelijk aan de idee van de eenheid van lichaam en ziel. Niet langer is het persona een voortbrengsel van abstracte rechtstechniek, maar ligt er in het persoonsbegrip een ontologische vooronderstelling besloten. Het persoonsbegrip wordt genaturaliseerd, en teruggekoppeld aan een bepaalde visie op de mens van vlees en bloed. Een indicatie is dat middeleeuwse juristen vanaf de 13<sup>e</sup> eeuw een onderscheid beginnen te maken tussen de ‘ware’ persoon en de gefingeerde persoon.<sup>195</sup> Een dergelijke benadering is vreemd aan het Romeinse persoonsbegrip, dat immers geen pretenties ten aanzien van de feitelijke werkelijkheid of de waarheid uitdraagt, maar slechts een juridisch-technische functie heeft te vervullen.

Deze ontwikkeling kan voor een belangrijk deel worden verklaard door de bloei van het canonieke recht in deze periode. Hoewel het Romeinse recht, na de ontdekking van de Digesten in de tweede helft van de 11<sup>e</sup> eeuw, invloedrijk bleef, was het Romeinse recht in de Middeleeuwen nauw verweven met, en zelfs ondergeschikt geraakt aan, het canonieke recht. In de woorden van Zwolve:

“Het canonieke en Romeinse recht, *utrumque ius*, ‘de beide rechten’, waren [...] gedurende de gehele Middeleeuwen onlosmakelijk met elkander verbonden: zoals de filosofie werd gezien als de *ancilla theologiae*, ‘de dienstmaagd van de theologie’, zo gold het Romeinse recht als de dienstbode van het canonieke recht. [...] Het

194 Baud 1994, p. 76.

195 Voor voorbeelden, zie Thomas 2002, p. 131-132, Thomas 1998a, p. 100-101, en Deroussin 2001 p. 108.

primaat van het canonieke recht en zijn natuurrecht bracht met zich mede dat niet alleen het gewoonterecht op zijn billijkheid werd getoetst, maar ook het Romeinse recht.”<sup>196</sup>

Door het primaat van het canonieke recht en, meer algemeen, de alomtegenwoordigheid van de christelijke kerk, zagen middeleeuwse juristen zich voor de moeilijkheid geplaatst het Romeinse recht te interpreteren in samenhang met de christelijke leer. Niet de oorspronkelijke betekenis van de bepalingen stond voorop in de uitleg die middeleeuwse juristen aan het Corpus Iuris gaven, maar deze bepalingen dienden zo te worden uitgelegd dat zij een oplossing konden bieden voor kwesties die in een geheel andere tijd en samenleving speelden dan de Romeinse.<sup>197</sup> Daarbij onderging het Romeinse recht een aantal veranderingen. Yan Thomas spreekt om die reden in termen van een domesticatie van de romeinsrechtelijke traditie door het christendom.<sup>198</sup> De moeilijkheden waarmee de middeleeuwse interpretatoren tussen de 12<sup>e</sup> en 14<sup>e</sup> eeuw bij deze domesticatie werden geconfronteerd beschrijft hij als volgt:

“Comment concilier l’efficace du droit, sa capacité proprement technique à modifier le monde social, avec une nature voulue et créée par Dieu, une nature où les institutions, ordonnées au plan du salut, recevaient impérativement leur sens? Comment comprendre, interpréter et finalement concilier la révélation romaine du droit [...] avec la révélation du Dieu immiscé dans les affaires humaines jusqu’à assumer, pour l’édification et le salut des hommes, leur nature charnelle? Comment inscrire les artifices d’une institutionnalité purement et simplement politique, édifiée sans aucune référence métaphysique, dans un monde regorgeant d’être, dans un monde où la nature ployait sous les signes et les indices de la surnature divine?”<sup>199</sup>

Kortom, de artificialiteit en functionaliteit van de romeinsrechtelijke traditie botsten met de voorgegeven, goddelijke ordening van het christelijke wereldbeeld. Aan de middeleeuwse juristen de taak om beide wereldbeelden met elkaar te verzoenen. Tegen deze achtergrond is te begrijpen hoe de beschouwingen van middeleeuwse theologen over de eenheid van lichaam en ziel hun weg naar het juridisch persoonsbegrip vonden.

In de ontologie van het middeleeuwse, theologische persoonsbegrip staat voorop dat de mens geschapen is naar het evenbeeld van God, *imago Dei*. God heeft de mens uitgerust met speciale kwaliteiten, zoals vrije wilsvorming en denkvermo-

196 W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht. Deel 1, Inleiding en zakenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 65.

197 Zwalve 2003, p. 72-73.

198 Y. Thomas, “Fictio legis. L’empire de la fiction romaine et ses limites médiévales”, *Droits*, nr. 21, 1995, p. 38.

199 Thomas 1995, p. 37.

gen. Maar waaruit blijkt zijn gelijkenis met God? Anders gezegd, wat maakt de mens tot een mens, en wat betekent het *persoon* te zijn?

*Persona* is in de ogen van de middeleeuwse denkers niet slechts een masker, maar een eenheid van lichaam en ziel. In de woorden van Boethius (480-524): *persona est rationalis naturae individua substantia* (de persoon is een individuele substantie met een rationele natuur). Met name in het denken van Thomas van Aquino (1225-1274), die eeuwen later Boethius' definitie van de persoon zal overnemen, wordt de eenheid van lichaam en ziel uitgewerkt tot een dusdanig uitgebreid gedachtencomplex, dat het zelfs een theorie over de status van het embryo omvat.

In het thomistische gedachtegoed vormt de ziel de substantiële vorm van het lichaam. Met andere woorden, het lichaam en zijn onderdelen kunnen pas bestaan wanneer zij door de ziel zijn geactualiseerd. Planten hebben een vegetatieve ziel, dieren een animale. Ook de mens heeft een vegetatieve en een animale ziel, maar hij is daarnaast door God van een rationele ziel voorzien, die de kern van zijn menszijn vormt. Pas wanneer hij op deze wijze is 'beziel'd, kan er sprake zijn van een mens. Dat wil echter niet zeggen dat wij in de kern onze ziel zijn. Tot de essentie van de mens behoort ook het lichamelijke in de wereld zijn: "a human being is not soul alone, but something composed of soul and body."<sup>200</sup> Dat blijkt mede uit Thomas' beschrijving van het ontwikkelingsproces van het embryo tot mens:

"The vegetative soul comes first, when the embryo lives the life of a plant. Then it is corrupted, and a more complete soul follows, at once both nutritive and sensory, and then the embryo lives the life of an animal. But once this is corrupted, the rational soul follows, introduced from without."<sup>201</sup>

Voordat de rationele ziel aanwezig is, kan het embryo worden opgevat als menselijk leven, maar nog niet als menselijke persoon. De volgende vraag is uiteraard vanaf welk moment in de ontwikkeling van het embryo deze ziel wordt ingelegd. Duidelijk is dat dat in ieder geval niet reeds bij de conceptie is. Volgens Thomas van Aquino is het embryo pas ontvankelijk voor een rationele, en dus menselijke, ziel zodra hij er materieel klaar voor is. Het lichaam moet voldoende ontwikkeld zijn om een menselijke ziel in zich te kunnen dragen. In de woorden van Thomas van Aquino:

"It cannot be said that the soul, in its complete essence, is in the semen from the beginning and that its operations do not appear because of the lack of organs. For

200 Geciteerd en vertaald door Pasnau (R. Pasnau, *Thomas Aquinas on human nature. A philosophical study of Summa theologiae 1a 75-89*, Cambridge: Cambridge University Press 2002, p. 46). Hij verwijst naar de *Summa Theologiae*, 1a 75.4.

201 Afkomstig uit Thomas' *Summa contra gentiles*, aangehaald door Pasnau 2002, p. 122.

since the soul is united to the body as its form, it is united only to a body of which it is appropriately the actuality. But the soul is the actuality of a body with organs. Therefore the soul does not actually exist in the semen before the body develops its organs, but is there only potentially or virtually.”<sup>202</sup>

Alleen al uit deze thomistische beschouwingen over het embryo, en het ontstaan van menselijke persoonlijkheid, blijkt dat binnen dit natuurrechtelijke persoonsbegrip het menselijk lichaam, als verbonden met de ziel, een plaats krijgt. Zwart en Hoffer beschrijven Thomas’ positie ten aanzien van het menselijk lichaam als volgt:

“Alleen indien lichaam en ziel verenigd zijn, een volmaakte twee-eenheid vormen, is de menselijke persoon werkelijk ‘compleet’. Het lichaam maakt dus op fundamentele wijze deel uit van wat wij zijn, van de persoon als geheel.”<sup>203</sup>

Van belang in de context van dit hoofdstuk is dat dit ontologische persoonsbegrip doorwerkt in het middeleeuwse recht. Baud stelt dat een van de gevolgen van de theologische preoccupaties met de ziel is dat het lichaam zijn herintrede in het recht doet:

“C’est parce que le canoniste se préoccupe essentiellement de l’âme qu’il en vient à être obsédé par le corps. [...] Alors que l’apparition de la personne a fait disparaître le corps du champ juridique laïc, la croyance en l’existence de l’âme a renforcé l’assise du corps dans le système canonique. Si la personne a occulté le corps, en revanche l’âme s’est définie par rapport à lui.”<sup>204</sup>

Binnen het canonieke recht krijgt het menselijk lichaam, als zetel van de ziel, volgens Baud gestalte als een sacraal object. Als voornaamste aanknopingspunt voor deze stelling noemt hij het middeleeuwse canonieke huwelijksrecht,<sup>205</sup> dat ook aan de basis staat van ons huidige huwelijksrecht.<sup>206</sup>

Yan Thomas legt op zijn beurt de nadruk op de natuurrechtelijke grenzen die de middeleeuwse juristen in hun interpretatie van het Romeinse recht stelden aan de ongebreidelde juridische verbeeldingskracht van de artificialistische traditie:

---

202 Pasnau 2002, p. 111.

203 H. Zwart en C. Hoffer, *Orgaandonatie en lichamelijke integriteit. Een analyse van christelijke, liberale en islamitische interpretaties*, Best: Damon 1998, p. 65-66.

204 Baud 1994, p. 107.

205 Baud 1994, p. 109 e.v.

206 Asser/De Boer 2006, nr. 132-133.

“Ce que nous appelons ‘droit naturel’ émerge dans l’effort des juristes, entre le XIIe et le XIVe siècle, pour inscrire les savoir-faire du droit romain dans certaines limites, posées au nom d’une intangibilité du monde créé.”<sup>207</sup>

Deze grenzen aan de juridische ficties en inventiviteit werden gerechtvaardigd met een beroep op de natuur en de waarheid. Thomas noemt meerdere voorbeelden ter ondersteuning van zijn betoog. De volgende uitspraken van Baldus en Bartolus zijn in het bijzonder sprekende voorbeelden:<sup>208</sup> *veritas fictioni praevallet* (“de waarheid gaat boven de fictie”, Bartolus),<sup>209</sup> *veritas facti non potest mutari* (“men kan de waarheid van het feit niet veranderen”, Baldus),<sup>210</sup> en *auctoritas legum non potest veritatem naturalem tollere* (“de autoriteit van wetten kan de natuurlijke waarheid niet afschaffen”, Baldus).<sup>211</sup> Met andere woorden, het recht heeft zich aan bepaalde natuurlijke wetten te houden, en mag niet tegen de waarheid ingaan.

In ander werk illustreert Yan Thomas deze tendens aan de hand van de middeleeuwse commentaren op de romeinsrechtelijke constructie rondom de gemeenschappelijke slaaf, het voorbeeld dat al in 2.2 werd genoemd. Waar de tekst uit de Digesten spreekt van een dubbele persoonlijkheid van de slaaf, vertalen Baldus en Bartolus het fragment op zo’n manier dat deze verdubbeling uit het zicht verdwijnt: de gemeenschappelijk slaaf verenigt niet langer twee *personae* in zich, maar *vertegenwoordigt* zijn twee meesters. Door de constructie van juridische vertegenwoordiging te gebruiken – strikt genomen eveneens een fictie – kunnen Baldus en Bartolus vasthouden aan een visie op de persoon als een reflectie van de concrete mens in plaats van als een technisch artefact:

“La représentation sauve le principe de l’unicité des personnes. Tout se passe ainsi comme si, s’agissant du commerce juridique entre les hommes, il était devenu pratiquement impossible, au Moyen Âge, d’imaginer d’autres personnes que concrètes et charnellement humaines.”<sup>212</sup>

Op die manier begint een substantieel persoonsbegrip post te vatten in het recht. Zoals Thomas het formuleert, is de persoon voortaan mede een eenheid van substanties, en niet slechts een functionele eenheid.<sup>213</sup> Deze substantiële benadering van de persoon betekent ook dat het lichaam tot op zekere hoogte terugkeert in het recht. Baud, Deroussin<sup>214</sup> en Thomas zijn het er op deze manier over eens

207 Thomas 1995, p. 39.

208 Alle geciteerd door Thomas (Thomas 1995, p. 51).

209 Bartolus over *D.* 28, 2, 23 en 29.

210 Baldus over *D.* 4, 6, 19.

211 Baldus over c. 9 X 2, 14.

212 Thomas 1998a, p. 100.

213 “Ainsi, à contre-courant de la tradition juridique latine où s’enracinait cette notion, la personne était désormais une unité de substance, et non plus une unité de fonction” (Thomas 2002, p. 131).

214 Deroussin 2001, p. 108.



dat via het middeleeuwse canonieke recht en de christelijke receptie van het Romeinse recht de banden tussen de juridische persoon en de mens van vlees en bloed worden aangehaald.

In de loop der tijd wordt de substantiële inhoud van dit persoonsbegrip geseculariseerd. Met name de opkomst van persoonlijkheidsrechten, zoals de mensenrechten, betekent een belangrijke nieuwe fase in dit proces. Desondanks is de gedachte dat de juridische persoon verbonden is met de mens uit de geleefde werkelijkheid reeds in het middeleeuwse recht aanwezig. Op die manier heeft niet alleen de artificialistische traditie van het Romeinse recht, maar ook de substantiële benadering van het middeleeuwse canonieke recht haar sporen achtergelaten op het persoonsbegrip van het huidige recht. Zo kent het recht ook nu nog de hoofdregel dat het begin en einde van de juridische persoon samenvallen met de geboorte en de dood van de mens in biologische zin,<sup>215</sup> al hoewel daar een aantal uitzonderingen op bestaat, zoals ook in 2.2 aan de orde kwam.<sup>216</sup> Daarnaast werkt de gedachte van de eenheid van lichaam en ziel door in de hedendaagse, gezondheidsrechtelijke benadering van het menselijk lichaam. Men spreekt in die context echter niet langer van de eenheid van ziel en lichaam, maar van de eenheid van *geest* en lichaam. De volgende uitspraak van Leenen is representatief:

“De geestelijk-stoffelijke eenheid die de mens is, wordt als zodanig beschermd, onder andere via individuele grondrechten. De persoon als totaliteit is rechtssubject en heeft persoonlijkheidsrechten. [...] In zijn lichaam, zijn houding, zijn gelaat drukt zich het wezen van de menselijke persoon mede uit; onder invloed van de geest krijgt het lichaam mede vorm, wordt de mens ook in zijn lichaam degene die hij is.”<sup>217</sup>

Ter ondersteuning van dit standpunt wordt veelal verwezen naar de “in onze cultuur dominante opvatting”<sup>218</sup> ten aanzien van lichamelijkeheid. Deze eenheid van geest en lichaam vormt de belangrijkste reden waarom het levende lichaam buiten het vermogensrecht wordt geplaatst (zie 2.4.2).

Ook de canoniekrechtelijke benadering waarin het lichaam als sacraal object wordt opgevat, wordt tot op zekere hoogte in het huidige recht onderschreven. Hoewel de christelijke grondslag van deze sacrale status in het recht is weggeval- len, blijft het lichaam, wegens zijn verbondenheid met een ieders persoon, in het hedendaagse recht in zekere zin heilig. In wetgeving wordt uiteraard niet gesproken in termen van heiligheid. De bijzondere status van het lichaam blijkt niette-

215 Hierover meer in hoofdstuk 7.

216 Hierover meer in hoofdstuk 6 en 8.

217 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel 1 Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2007, p. 52.

218 J.K.M. Gevers, *Beschikken over cellen en weefsels* (oratie Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1990, p. 6.

min uit de beperkingen die aan de lichamelijke zelfbeschikking worden gesteld, zoals het verbod op commercialisering van menselijke organen of embryonaal materiaal.<sup>219</sup>

Daarnaast hebben de middeleeuwse theologische debatten over de menselijkheid van de mens, en de verbondenheid van lichaam en ziel, in deze tijd een vervolg gekregen in de juridische en ethische debatten naar aanleiding van de medische biotechnologie. Met zijn beschouwingen over de ontwikkelingsstadia van het embryo beoogde Thomas van Aquino een antwoord te geven op de vraag op welk moment God het menselijk lichaam een rationele ziel ‘inblaast’. De medische biotechnologie confronteert de hedendaagse jurist met de hieraan verwante vraag vanaf welk moment in de zwangerschap er sprake is van een menselijke persoon. Doordat het lichaam als gevolg van de medische biotechnologie opnieuw opgang maakt in het recht, is de canoniekrechtelijke traditie, waarin het lichaam op een bepaalde manier wordt gesymboliseerd, weer uiterst actueel. Men zou kunnen zeggen dat een van de taken waarvoor het recht in deze tijd wordt gesteld is gelegen in een hernieuwde, maar deze keer seculiere, symbolisering van het lichaam.

Bovenal zet de naturalistische traditie zich, zoals gezegd, voort in het persoonsbegrip van de persoonlijkheidsrechten en de mensenrechten. In de middeleeuwse periode “werd door de nadruk op het zelf de theoretische basis gelegd voor de latere ontwikkeling van persoonlijkheidsrechten in het zeventiende-eeuwse rationele natuurrecht”, schrijft Pessers.<sup>220</sup> Dat de erkenning van persoonlijkheidsrechten een nieuwe etappe betekent in de inkleuring van het juridisch persoonsbegrip,<sup>221</sup> blijkt uit de tweeledige manier waarop deze rechten zich tot de persoon verhouden. De persoon is niet alleen het subject van persoonlijkheidsrechten als het recht op lichamelijke integriteit, eer en goede naam en privacy, maar vormt er ook het object van. Het is immers de persoonlijkheid van het rechtssubject die hier het te beschermen rechtsgoed constitueert. Verheij stelt daarom

“dat persoonlijkheidsrechten zien op wat iemand *is* en niet op wat hij *heeft*. Anders dan bijvoorbeeld bij het eigendomsrecht is bij persoonlijkheidsrechten het *rechts-subject* (de rechthebbende) niet goed te scheiden van het *rechtssubject* (de zaak, de persoonlijkheid)”.<sup>222</sup>

De termen die in de mensenrechtenverdragen worden gehanteerd vormen eveneens een indicatie van dit substantiële persoonsbegrip. In het mensenrechten-discours wordt een ieder, zonder uitzondering, *geboren* als juridische persoon, en

219 In hoofdstuk 3 volgt een uitgebreide analyse. Zie ook 8.2.

220 Pessers 2005, p. 24.

221 Thomas 2002, p. 132-133

222 A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 64.

heeft iedereen van nature een onvervreemdbaar recht op respect voor menselijke waardigheid en op lichamelijke integriteit. In de woorden van artikel 1 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UVRM): *Alle mensen worden vrij en gelijk in waardigheid en rechten geboren*. Ook artikel 6 UVRM is op dat punt eveneens veelzeggend: “Een ieder heeft, waar hij zich ook bevindt, het recht als persoon erkend te worden voor de wet.” Een zelfde soort formulering staat aan de basis van het Nederlandse privaatrecht: “Allen die zich in Nederland bevinden, zijn vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten” (artikel 1:1 BW). ‘Een ieder’ en ‘allen’ kunnen in deze context alleen maar de concrete mens van vlees en bloed betekenen, die te onderscheiden is van zijn juridische persoonlijkheid, waarop hij als mens immers recht heeft. Volgens de preambule van de UVRM is het op grond van onze aangeboren *menselijke* waardigheid, ofwel op grond van ons lidmaatschap van “de *mensengemeenschap*”<sup>223</sup>, dat een ieder een beroep toekomt op de *mensenrechten*. Met andere woorden, in de natuurrechtelijke redenering is het als *mens* (homo), en niet als juridische *persoon* (persona), dat wij deze rechten uitoefenen. Het paradoxale resultaat is dat in deze *juridische* documenten wordt gesteld dat rechtssubjectiviteit ieder individu door geboorte toekomt, en niet via het recht.

Niet de invloed van het hobbesiaanse, maar het lockeaanse natuurrecht is hier te bespeuren. In de visie van Locke (1632-1704) op de natuurtoestand heeft een ieder voorafgaand aan het politieke gezag reeds een aantal grondrechten, namelijk het recht op eigendom, en de onvervreembare rechten op lichamelijke integriteit, leven en vrijheid. Omdat wij allen volgens Locke ons bestaan aan God te danken hebben, komen die rechten aan een ieder gelijkelijk, en van nature toe. Met andere woorden, deze rechten zijn vóór-politiek van aard, en onafhankelijk van staatsgezag. Zij zijn niet verbonden aan de kwaliteit van rechtssubject, maar aan het *menszijn*. De rechtsstaat is er slechts om deze rechten te garanderen, en dankt zelfs haar bestaan daaraan. Het lockeaanse juridische persoonsbegrip gaat wat dat betreft vooraf aan de staat. Aan de staat is het slechts om de persoon te *erkennen*, niet om haar te constitueren of te creëren. Staat in Hobbes’ visie rechtssubjectiviteit symbool voor de overwinning op de natuurstaat, in Lockes politieke filosofie vormt rechtssubjectiviteit juist een reflectie van de natuurstaat.

Toch bracht deze ‘naturalisering’ van de juridische persoon tot voor kort geen uitvoerige gedachtegang over de verhouding van het recht tot de mens van vlees en bloed op gang. Eerder was het zo dat een bepaald natuurbegrip *stilzwijgend* door het recht werd gejuridificeerd. Weliswaar krijgt de juridische persoon vanaf deze fase een substantiële betekenis, maar deze betekenis is in hoge mate idea-

223 “Overwegende, dat erkenning van de inherente waardigheid en van de gelijke en onvervreembare rechten van alle leden van de mensengemeenschap grondslag is voor de vrijheid, gerechtigheid en vrede in de wereld [...]”

listisch van aard. Ondanks de benaming “natuurlijke persoon” of “natuurrecht” is ook het substantiële persoonsbegrip in zijn verschillende gedaantes natuurlijk een artefact. In tegenstelling tot de constructies uit het Romeinse recht, is dit persoonsbegrip echter op een impliciete juridische constructie van de natuur zelf gebouwd. Met andere woorden, “d’une certaine manière, le droit savant continuait à greffer une nature juridique sur une nature naturelle”.<sup>224</sup> Die verdubbeling van de natuur (in een empirische en juridische natuur) werd echter niet expliciet gemaakt, zodat er een vreemdsoortige juridische knoop van fictie en werkelijkheid ontstond, die nog steeds moeilijk te ontwarren is.

Het juridisch persoonsbegrip is op die manier vanaf de middeleeuwen een hybride van natuur en artefact geworden, en is dat tot op de dag van vandaag gebleven. Deze hybride berust op een vermenging van de juridische en de verondersteld biologische werkelijkheid, van een juridisch en een biologisch tijdsbegrip, en van het rechtssubject en de mens in biologische zin. Zoals Thomas het treffend samenvat:

“Au cour de sa longue histoire qui s’enracine dans la glose chrétienne du droit romain, qui se poursuit avec le humanisme juridique et triomphe dans la Déclaration de 1789 (dans laquelle les hommes ‘naissent’ sujets de droit), le double processus d’incarnation et de naturalisation de la personne, d’un côté, de séparation et d’abstraction de la personne juridique, de l’autre, n’a jamais soulevé d’autre question que celle du rapport entre deux réalités et deux temporalités distinctes – les deux réalités et les deux temporalités biologique et juridique auxquelles sont assignés le sujet de vie et le sujet de droit.”<sup>225</sup>

Volgens Thomas maakt de toen ontstane hybriditeit de huidige debatten over recht, natuur en lichamelijkeheid zo ondoorzichtig en verwarrend. Nog altijd is onduidelijk tot welke hoogte de juridische persoon een technisch artefact is, of juist wordt begrensd door de wetten van de geleefde werkelijkheid. Broekman verwoordt de complexiteit als volgt:

“De natuurlijke persoon is een juridische constructie, die zelf weer voorwaarde voor de juridische constructie van rechtssubjectiviteit is. Dat deze figuur kan bestaan, geeft aan dat de gedachte aan de natuurlijkheid van de persoon een waarde is, een moment dat recht vormt en in de rechtspraak reeds een vaste dogmatische redering geworden is.”<sup>226</sup>

Dat de “natuurlijke persoon” ondanks referenties aan de natuur een juridische constructie is, die veraf staat van de mens van vlees en bloed, blijkt alleen al uit

224 Thomas 2002, p. 133-134.

225 Thomas 2002, p. 146.

226 Broekman 1983, p. 36.

het feit dat ook in de naturalistisch-ontologische benadering van de persoon het lichaam veelal buiten het juridische vizier bleef. In de periode die op de middeleeuwen volgde, werd de naturalisering van het juridisch persoonsbegrip weliswaar gecontinueerd, maar op zo'n manier dat de lichamelijke dimensie van het bestaan naar de achtergrond verdween. Met Baud kan worden geconcludeerd dat de secularisering en rationalisering van het juridisch mensbeeld ook een verminderde aandacht onder juristen voor de lichamelijke dimensie van het menselijk bestaan betekende. De ambiguïteit van het lichaam laat zich moeilijk vatten in seculiere termen, en ontglipt aan rationele classificaties.

In deze ontwikkeling begon het humanistische beeld van de mens als autonoom, vrij en moreel subject gaandeweg de juridische categorie van de persoon in te kleuren. Volgens dat mensbeeld ligt de essentie van de mens in zijn individuele vrijheid en persoonlijke ontplooiing. In dit persoonsbegrip is weinig terug te zien van een ieders lichamelijke gebondenheid. Juist het wegdenken van de lichamelijke dimensie van het menselijk bestaan vormde de mogelijksvoorwaarde om de persoon in het recht te percipiëren als een autonoom en geestelijk wezen. Het rechtssubject werd slechts gebonden geacht door zijn eigen wil en ratio. De autonomie van de mens werd gehuldigd via de subjectieve rechten van de juridische persoon, en de individuele wil werd van doorslaggevende betekenis.

Ondanks de rationalisering en secularisering van de naturalistische traditie is het lichaam niet geheel afwezig. Binnen de naturalistische traditie past het om het lichaam onder te brengen aan de persoon-zijde van het juridisch onderscheid tussen zaak en persoon. De persoon wordt in deze benadering immers verondersteld te corresponderen met de mens uit de geleefde werkelijkheid, zodat het voor de hand ligt om ook de lichamelijke dimensie van het menselijk bestaan daarin weerspiegeld te zien.

Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van het recht op lichamelijke integriteit. Dit persoonlijkheidsrecht, waarmee een ieder volgens de filosofie van de mensenrechten wordt geboren, beschermt de lichamelijke sfeer als onderdeel van de persoon. Het lichaam wordt niet zelfstandig beschermd, bijvoorbeeld als een bijzondere zaak met een bijzonder beschermingsregime, maar als substraat van de menselijke persoon. In dezelfde gedachtelijn wordt lichamen letsel in het privaatrecht als een aantasting in de persoon begrepen (artikel 6:106 lid 1 sub b BW<sup>227</sup>) en niet als vermogensschade (hoewel lichamen letsel in veel gevallen natuurlijk eveneens tot vermogensschade leidt).

Het laat zich raden dat ook de opkomst van het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid in deze traditie past. De menselijke waardigheid kan immers

227 Art. 6:106 lid 1 sub b BW: "Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, heeft de benadeelde recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding indien de benadeelde lichamen letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijzen in zijn persoon is aangetast."

worden opgevat als de kern van het mensbeeld dat ten grondslag ligt aan de onvervreemdbaarheid van de mensenrechten. Sterker nog, de menselijke waardigheid is gebaseerd op een normatief mensbeeld, zodat in het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid het substantiële, juridische persoonsbegrip bij uitstek vervat ligt.

In de interpretaties en uitwerkingen van dit mensbeeld wordt in toenemende mate een plaats voor het lichaam ingeruimd. Deze ‘corporalisering’ van de menselijke waardigheid hangt samen met de talloze verwijzingen naar dit beginsel in de regulering van de medische biotechnologie. Binnen de begrenzingen die men aan het gebruik en de ontwikkeling van deze technologie stelt, valt men terug op een interpretatie van de menselijke waardigheid, waarbinnen het lichaam wordt opgevat als verbonden met de persoon. Instrumenteel gebruik van het lichaam betekent vanuit dat perspectief ook instrumentalisering van de persoon, hetgeen een ontkenning vormt van een ieders intrinsieke waarde. Kortom, dat het lichaam een bijzondere positie geniet in het recht, is volgens deze gedachtegang terug te voeren op de verbondenheid van het lichaam met de persoon. De secularisering en rationalisering ten spijt, worden het lichaam en persoon nog altijd als een eenheid beschouwd.

## 2.4 De juridische kwalificatie van het lichaam

### 2.4.1 De biotechnologische verwatering tussen persoon en zaak

De problemen waarvoor het recht zich door de medische biotechnologie geplaatst ziet, zijn voor een groot deel terug te voeren op de leemte die het recht vertoont ten aanzien van het lichamelijk domein. De huidige crisis van het recht op dit terrein is in de kern te herleiden tot een gebrek aan juridisch vocabulaire om de problematiek überhaupt te kunnen duiden. Het rechtssysteem, dat is gebouwd op het onderscheid tussen *zijn* en *hebben*, persoonlijkheidsrechten en vermogensrechten, en *persoon* en *zaak*, stuit op zijn grenzen wanneer het wordt geconfronteerd met ontwikkelingen die raken aan de status van het menselijk lichaam en beginnend leven. Hoe moet de jurist lichaam, leven en embryo binnen deze tweedeling kwalificeren? Doordat een eenduidig antwoord op deze vraag ontbreekt, komt ook het onderscheid tussen persoon en zaak, dat het gehele rechtssysteem doortrekt, ter discussie te staan. Bij gevolg raken de biomedische ontwikkelingen aan de grondvesten van het rechtssysteem.

Noch de Romeinse, functionalistische traditie, noch de middeleeuwse, ontologische traditie kan een definitief antwoord bieden op deze statuskwesitie. Aangezien de juridische persoon in de artificialistische traditie een technische abstractie vormt, kan het lichaam slechts als zaak gestalte krijgen. Wanneer het lichaam en zijn onderdelen als zaak worden gekwalificeerd is het echter lastig om de band die bestaat tussen lichaam en persoon tot uiting te brengen. Omgekeerd

wordt het lichaam in de naturalistische traditie juist vereenzelvigd met de persoon, aangezien de juridische persoon de juridische weerslag van de mens van vlees en bloed wordt verondersteld te zijn. Die kwalificatie levert op haar beurt problemen op bij de regulering van praktijken waarin de banden tussen lichaam en persoon wel degelijk kunnen worden doorgesneden, zoals in het geval van orgaandonatie. Op die manier schieten beide tradities wegens hun eenzijdigheid tekort. Zij vertegenwoordigen ieder een andere zijde van een dualistische benadering.

Met andere woorden, het lichaam is nauwelijks in te passen in de juridische *summa divisio* van persoon en zaak, in welke van beide interpretaties dan ook. De Belgische rechtsgeleerde Dijon, die zijn proefschrift wijdde aan de rechten van het individu over zijn eigen lichaam, verklaart die moeilijkheid als volgt: “De rechtsbegrippen glijden uit over het menselijk lichaam omdat het menselijk lichaam onverbrekelijk persoon *en* zaak is. Vandaar die radicale onbepaaldheid van het recht t.o.v. het lichaam.”<sup>228</sup> Met andere woorden, het menselijk lichaam is in de kern getekend door ambiguïteit. Deze dubbele dimensie van het menselijk lichaam wordt door de biomedische ontwikkelingen niet alleen aan het licht gebracht, maar bovendien versterkt. Is het lichaam zaak of persoon, is het een construct of een gegeven, is het een product van cultuur of natuur? De urgentie van deze vragen neemt in het tijdperk van de medische biotechnologie alleen maar toe. De biomedische technieken laten immers zien hoe het lichaam vergaand kan worden geobjectiveerd en vervreemd, hoe natuurlijke grenzen kunnen worden verlegd, en hoe de mens zijn eigen natuur kan vormgeven. Op die manier verandert de dualiteit van het menselijk lichaam in de discussies over deze technieken zelfs in een spanningsveld. De moeilijkheid is dat juridische categorieën van persoon en zaak noch geheel van de biologische werkelijkheid losstaan, zoals men op basis van de artificialistische traditie zou geloven, noch de reflectie vormen van onveranderlijke, natuurlijke onderscheidingen, zoals de naturalistische traditie het veelal doet voorkomen. Een nadere blik op de grenzen van de juridische persoonlijkheid en het juridisch zaaksbegrip kan dat duidelijk maken.

Vanaf welk moment is er sprake van een juridische persoon, en vanaf welk moment niet meer? En als de juridische persoonlijkheid wegvalt of nog niet aanwezig is, kan dan van een zaak in juridische zin worden gesproken? De biomedische wetenschappen confronteren ons met verschuivende grenzen tussen levensvatbaarheid en niet-levensvatbaarheid, tussen leven en dood. Het ongeboren en gestorven lichaam hebben een nieuwe wetenschappelijke (en zelfs commerciële) waarde gekregen. De bruikbaarheid van lichaamsmateriaal voor wetenschappelijke en biomedische vooruitgang en de vraag daarnaar nemen toe. Zo heeft men

228 X. Dijon, “Het juridisch statuut van het menselijk lichaam”, in: J. Velaers (red.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen: Maklu 1996, p. 112.

er baat bij als de dood zo vroeg mogelijk wordt geconstateerd. Als de hersendood ook de juridische dood van het lichaam betekent, en de rest van het lichaam vervolgens kunstmatig in leven wordt gehouden, kan het lichaam nog dienst doen voor orgaandonatie of wetenschappelijk onderzoek. Parallel daaraan kan de biomedische wetenschap profiteren van een late toekenning van persoonlijkheid aan het embryo, zodat onderzoek en behandelmethoden met behulp van bijvoorbeeld stamcellen mogelijk zijn.

Deze ontwikkelingen tonen de belangen die op het spel staan bij de afbakening van het persoonsbegrip, en de kwalificatie van lichaam en embryo als persoon of zaak. Zaakskwalificatie maakt medisch-wetenschappelijk gebruik en onderzoek mogelijk, terwijl persoonskwalificatie tegen reïficatie en instrumenteel gebruik beschermt. Onduidelijk blijft welk uitgangspunt de wetgever en rechter bij de afbakening van deze juridische begrippen dienen te hanteren. De menselijke waardigheid van de ongeboren en gestorven persoon, of juist de wetenschappelijke vooruitgang en genezing van zieken? Deze moeilijkheid toont hoe de begrenzing en constructie van de juridische persoon uiteindelijk op een biopolitieke keuze berust. De staat bemoeit zich niet alleen met leven en dood van zijn burgers (zoals in het geval van abortus en euthanasie), maar bepaalt bovendien welk criterium volgens het recht geboorte en dood van zijn burgers constitueert, en wie door het juridisch persoonsbegrip wordt in- en uitgesloten.

De ruimte die de afbakening van het persoonsbegrip op die manier laat voor biopolitieke afwegingen, wordt voor een belangrijk deel ingenomen door de principes van menselijke waardigheid en zelfbeschikking. De invulling van principes hangt overigens op haar beurt weer samen met het onderscheid tussen subject en object. De tweedeling in persoon en zaak (met name van belang in het privaatrecht) enerzijds, en de principes van menselijke waardigheid en zelfbeschikking (met name van belang in het publiekrecht) anderzijds, zijn wat dat betreft op ingenieuze wijze met elkaar verweven. Daarmee wordt meteen duidelijk hoe ook de grenzen tussen het privaatrecht en publiekrecht in deze problematiek aan het vervagen zijn.<sup>229</sup>

Desondanks worden in dit onderzoek, voor zover mogelijk, de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke benadering gescheiden geanalyseerd. In hoofdstuk 3 worden de publiekrechtelijke beginselen met betrekking tot het lichaam besproken, zoals lichamelijke integriteit, zelfbeschikking en menselijke waardigheid, terwijl in de volgende paragraaf vooral de privaatrechtelijke kwalificatie van lichaamsmateriaal centraal staat. Drie mogelijke oplossingen om het lichaam privaatrechtelijk te kwalificeren worden daarbij besproken: het lichaam wordt soms

229 De toenemende invloed van de menselijke waardigheid binnen het privaatrecht wordt dan ook als één van de duidelijkste voorbeelden van de zogeheten "constitutionalisering van het privaatrecht" gezien. Zie met name J.H. Nieuwenhuis, "De Constitutie van het burgerlijk recht", *RM Themis* 2000/6, p. 203-211; en J.M. Smits, "Constitutionalisering van het vermogensrecht", in: *Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking* 2003, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-163.



beschouwd als *sui generis* (2.4.2.1), dan weer als een bijzonder soort zaak (2.4.2.2), en tot slot ook wel als een bijzonder deel van de persoon (2.4.2.3).

#### 2.4.2 Juridische tussenoplossingen ter kwalificatie van het lichaam

##### 2.4.2.1 Kwalificatie als juridische hybride van persoon en zaak

De traditionele blindheid van het recht voor de lichamelijke aspecten van het menselijk bestaan krijgt in het privaatrecht gestalte door de onmogelijkheid het lichaam en het embryo via de bestaande kwalificaties te representeren. Ondanks verwoede pogingen het embryo en het lichaam een status toe te dichten, schieten zowel de zaakskwalificatie als de persoonskwalificatie tekort. De *crise des catégories* lijkt compleet te zijn. Zoals Dijon vaststelt: “Het is duidelijk dat onder het stelsel van het privaatrecht het lichaam aan elke categorisering weerstand biedt.”<sup>230</sup> Vanuit dit oogpunt oogt het voorstel van Hermitte tot een *rechtstheorie van hybride objecten* veelbelovend. Het doel van een dergelijke theorie is te komen tot “des catégories intermédiaires entre choses et personnes, pour rapprocher quelque peu les catégories des régimes juridiques qui leur donnent leur sens”.<sup>231</sup> Een nieuwe kwalificatie is volgens haar met name nodig nu via de biotechnologie natuur en cultuur steeds verder worden samengesmeden tot nieuwe combinaties van personen en zaken. Maar welke juridische status is concreet verbonden aan dergelijke hybride objecten? Is het juridisch regime dat van toepassing is op die objecten zelf een hybride van de regimes van het persoons- en zaaksbegrip?

In een eerder artikel spreekt Hermitte naar aanleiding van de nieuwe ontwikkelingen op biomedisch terrein over de biomedische hybriden als “choses d'origine humaine”.<sup>232</sup> Deze ‘zaken van menselijke oorsprong’ zijn inderdaad noch geheel zaak, noch persoon, en representeren met name producten en toepassingen van het menselijk lichaam. Maar is op die manier een oplossing gevonden voor de kwalificatie-problemen rondom het menselijk lichaam? Helaas heeft het probleem slechts een nieuwe naam verkregen. Bij nadere bestudering van de categorie “zaken van menselijke oorsprong” blijkt de term slechts een *cluster-begrip* te zijn, een overkoepelende term voor een groot aantal subcategorieën, zoals Hermitte ook zelf beaamt. Haar poging eenheid te scheppen binnen het amalgaam van juridische constructies ten aanzien van het lichaam<sup>233</sup> is niet in staat de verschillende juridische regimes voor het lichaam en het embryo op te heffen. Het probleem van de door de biomedische wetenschap ontstane combinaties van artefact en natuur, en, op dieper niveau, van de ambiguïteit van het lichaam zelf, is dat de verschillende aspecten van het lichaam en de mogelijke recombinaties zo talrijk zijn dat zij niet onder één categorie zijn te vangen. Hermittes voor-

230 Dijon 1996, p. 109.

231 Hermitte 1998, p. 24.

232 M.-A. Hermitte, “Le corps hors du commerce, hors du marché”, *Archives de philosophie du droit* 1988 (tome 33: *la philosophie du droit aujourdhui*), p. 346.

233 Zoals zijzelf haar poging omschrijft (Hermitte 1988, p. 323).

stel kan daarom niet verhullen dat er in de rechtspraktijk rondom het menselijk lichaam sprake is van segmentatie en verbrokkeling. Het aantal juridische kwesties waarin het menselijk lichaam een rol speelt zijn immers groot. Te denken valt aan uiteenlopende zaken als draagmoederschap, kooivechten, dwergwerpen, cosmetische chirurgie, medische ingrepen, lijkbezorging, arbeidsverhoudingen, levensbeëindiging, prostitutie, sadomasochisme, orgaandonatie etc. Het menselijk lichaam kan in deze verschillende contexten worden verhandeld, verhuurd, vervreemd, veranderd, beschadigd, begraven, onderzocht, gedoneerd, bewerkt, verwerkt, gebruikt, uitgeleend, gekloneerd en gerecombineerd. Het recht kent daarom eveneens een variëteit aan juridische regimes ten aanzien van het menselijk lichaam.

Aan deze verschillende juridische regimes ten aanzien van het menselijk lichaam ligt wel een gemeenschappelijk uitgangspunt ten grondslag: de juridische verhouding van het individu tot zijn lichaam kan niet gewoonweg worden gelijkgesteld aan het eigendomsrecht op een willekeurige zaak. Traditioneel worden er drie rechten aan een eigendomsrecht ontleend: een recht op *usus*, *fructus* en *abusus* (gebruik, vruchtgebruik en vernietiging of verandering) van de eigendom. De overheveling van deze drie aspecten op het menselijk lichaam is dermate problematisch dat de meeste rechtswetenschappers een ongeclausuleerd eigendomsrecht op het eigen lichaam ontkennen: het recht op *usus* en *fructus* van het lichaam is op meerdere manieren begrensd, en een recht op *abusus* van het lichaam bestaat eenvoudigweg niet.<sup>234</sup>

Om met *abusus* te beginnen, van bijvoorbeeld een recht op levensbeëindiging is ook in Nederland geen sprake, zoals al in hoofdstuk 1 reeds werd onderstreept, net zo min als een recht op zelfmutilatie. Het recht laat zelfmoord en zelfmutilatie ongemoeid, maar dat wil niet zeggen dat er sprake is van een recht op beide handelingen. Dat er geen sprake is van een recht op *abusus* van het lichaam blijkt onder meer uit de strafbaarheid van hulp bij zelfmoord en zelfmutilatie. Natuurlijk is een heldere definitie van misbruik moeilijk te geven. Waar het hier om gaat is dat *wanneer* misbruik wettelijk wordt aangenomen, lichamelijke zelfbeschikking aan haar grenzen raakt. De rechtszaken op het terrein van sadomasochisme en dwergwerpen, die in het volgende hoofdstuk worden besproken, zijn daar weliswaar omstreden, maar goede voorbeelden van. Volgens Velaers is de afwezigheid van een recht op *abusus* de voornaamste reden waarom niet van een lichamelijk zelfbeschikkingsrecht kan worden gesproken:

234 Voor soortgelijke vergelijking tussen het juridisch bewind over het lichaam en het eigendomsrecht, zie Dijon 1996, p. 102-103; M. Marzano, *Penser le corps*, Parijs: PUF 2004, p. 132; S. Henneville-Vauchez, *Disposer de soi? Une analyse du discours sur les droits de la personne sur son corps* (diss. Paris I), Parijs: L'Harmattan 2004, p. 324-325.

“*Beschikken* impliceert [...] de ultieme gebruiksmogelijkheid, de *ab-usus*: wie beschikt, mag het goed materieel vernietigen [...]. Een dergelijk beschikkingsrecht hebben we niet over ons lichaam. Om die reden is het begrip *zelfbeschikkingsrecht* niet geschikt om de rechten t.a.v. het eigen lichaam aan te duiden.”<sup>235</sup>

Ook de exploitatie (*fructus*) van het lichaam is van oudsher aan strenge beperkingen onderworpen. Het levende lichaam is veelal *hors commerce*, onttrokken aan de handel.<sup>236</sup> Het kan niet het voorwerp van winst vormen. Om die reden mogen orgaandonatie bij leven en bloedtransfusies slechts *om niet* plaats vinden (artikel 2 en 7 Wet op de orgaandonatie; artikel 2 lid 1 en art. 4 lid 2 Wet inzake bloedvoorziening) en zijn verschillende vormen van betrokkenheid bij commercieel draagmoederschap strafbaar (artikel 151b en 151c Sr).

Wat het gebruik (*usus*) van het lichaam betreft, is met name van belang dat het lichaam niet vervreemd kan worden zoals iedere andere zaak. Van een eigendomsrecht kan afstand worden gedaan, maar van de fundamentele rechten ten aanzien van het eigen lichaam niet. Deze rechten zijn als persoonlijkheidsrechten dermate verbonden met een ieders persoon, dat zij in tegenstelling tot het eigendomsrecht of andere vermogensrechten niet kunnen worden vervreemd. Bovenal mag het lichaam zelf niet als object worden vervreemd. Het wereldwijde slavernijverbod is daarvan wel het duidelijkste voorbeeld.<sup>237</sup>

Meer algemeen kan worden gesteld dat de vooronderstellingen van een eigendomsrecht op het eigen lichaam strijdig zijn met de beleving van onze lichamelijkeheid. Zoals Gevers het stelt: “het gaat bij lichamelijkeheid om een wijze van bestaan, niet om een vorm van bezit.”<sup>238</sup> Men hoeft geen fenomenoloog te zijn om te begrijpen hoe het zelf en de eigen belevingswereld niet los kunnen worden gedacht van het lichaam. Hoe kan een per definitie belichaamde persoon een eigendomsrecht hebben op zijn lichaam, alsof het een losstaande dimensie betreft? Of zoals de rechtsgeleerde Terré het samenvat: “Comment pourrais-je avoir un droit sur mon corps, puisque mon corps, c’est moi?”<sup>239</sup> Reeds in het

235 J. Velaers (1996b), “Het menselijk lichaam en de grondrechten”, in: J. Velaers (red.) *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen: Maklu 1996, p. 192.

236 Over de ratio achter onttrekking aan het handelsverkeer van niet alleen het levende lichaam, maar ook het gestorven lichaam, lichaamsmateriaal, embryo’s, geslachtscellen, etc., zie 8.2.2.

237 Voor een nadere vergelijking tussen het recht op lichamelijke integriteit en een eigendomsrechtelijke benadering, zie G.A. den Hartogh, “Recht op de dood? Zelfbeschikking en barmhartigheid als rechtvaardigingsgronden voor euthanasie”, *Recht en kritiek* 22 (1996) 2, p. 150-156; G.A. den Hartogh (2003a), “Het Europese Hof over hulp bij suïcide”, *Ars Aequi* jrg. 52 (2003), p. 97-98; G.A. den Hartogh (2003b), *Gift of bijdrage? Over morele aspecten van orgaandonatie*, Den Haag: Rathenau Instituut 2003, p. 47-51.

238 Gevers 1990, p. 6.

239 F. Terré, “Génétiq ue et sujet de droit”, *Archives du philosophie du droit* 1990, p. 161.

Romeinse recht gold: *dominus membrorum suorum nemo videtur* (niemand wordt geacht eigenaar te zijn van zijn ledematen).<sup>240</sup>

Toch hoeft deze fenomenologische wijsheid niet in de weg te staan aan een *juridische* constructie van het lichaam als zaak. In de Romeinse, constructivistische traditie dient het onderscheid tussen persoon en zaak immers slechts een juridisch-technisch doel, zonder dat daarmee een positie over de levensfeitelijke werkelijkheid wordt ingenomen. Hoewel onder het Romeinse schadevergoedingsrecht niemand als eigenaar van zijn lichaam kon worden beschouwd (zie bovenstaande regel uit de Digesten), past het in het Romeinse systeem om het lichaam onder te brengen bij de categorie *zaak*, zo is naar voren gekomen in 2.2. Dat een eigendomsrecht op het lichaam ook volgens de Romeinse juristen niet bestond, is niet het gevolg van een persoonskwalificatie van het lichaam, maar van het feit dat het lichaam een *bijzonder* soort zaak is. Letselschade is in die opvatting van een wezenlijk andere aard dan schade aan de ‘normale’ zaken. Deze benadering komt heel dicht bij één van de twee benaderingen die de huidige rechtswetenschap heeft bedacht voor het probleem van de kwalificatie van het menselijk lichaam. Als het lichaam noch volledig als zaak, noch volledig als persoon kan worden gekwalificeerd, is een laatste oplossing om het lichaam toch aan een zijde van de tweedeling in persoon en zaak te plaatsen, maar wel met een aantal uitzonderingen op het geheel aan regels dat normaliter met de persoons- of zaakskwalificatie samenhangt.

Zo kan het eigendomsrecht worden gezien als een bundel van verschillende rechten, waaronder een recht op zeggenschap over de zaak, de vervreemding ervan, het fysieke bezit ervan, het gebruik ervan, de kapitaalwaarde ervan, het inkomen dat ontleend kan worden aan het gebruik van de zaak door anderen, etc.<sup>241</sup> Dickenson grijpt dit ‘bundelconcept’ van het eigendomsrecht aan om een beperkt eigendomsrecht op het eigen lichaams- en voortplantingsmateriaal te bepleiten. Door geen “onvoorwaardelijk en totaal eigendomsrecht”<sup>242</sup> voor te staan, hoopt Dickenson duidelijk te maken dat er niet “zoiets bestaat als een algemeen vrij recht te beschikken over het eigen lichaam of delen ervan”.<sup>243</sup> Met name

240 Digesten 9, 2, 13. Vertaling afkomstig uit J.E. Spruit en R. Feenstra, *Textus iuris romani: teksten ten gebruike bij de studie van het Romeinse recht*, Deventer: Kluwer 1989, p. 120. Volgens Deroussin betekent deze bepaling echter niet dat het lichaam, *a contrario* geredeneerd, zou moeten worden gekwalificeerd als deel van de *persoon*. Dat zou immers haaks staan op het technisch-juridische karakter dat de juridische persoonlijkheid ook volgens hem in de Romeinse traditie had. Hij stelt daarentegen dat deze bepaling “signifie seulement que l’indemnisation des dommages corporels ne saurait être obtenu grâce à l’utilisation abusive des règles relatives aux dommages causés aux choses. Ce que les glossateurs comprendront en soulignant que le corps de l’homme libre ne saurait faire l’objet d’une estimation. L’on est finalement très proche de la solution moderne qui voit dans le corps humain une chose sans prix” (Deroussin 2001, p. 125).

241 D. Dickenson, *Lichaam en eigendom*, Amsterdam: Boom/Stichting Internationale Spinozaprijs 2006, p. 65.

242 Dickenson 2006, p. 82.

243 Dickenson 2006, p. 79.

is zij gekant tegen commercialisering van het lichaam. Desondanks kan toekenning van andere deelrechten van het eigendomsrecht haars inziens leiden tot een betere bescherming van de belangen van degene wiens lichaam in het spel is.

Hoewel Dickenson het laat klinken alsof ze er een eigenzinnige opvatting op nahoudt, wordt een dergelijke benadering van het lichaam sinds geruime tijd toegepast in het huidige recht. Om het lichaam en zijn onderdelen een plaats in het recht te geven, worden veelal constructies tot stand gebracht die het midden houden tussen het persoons- en zaaksbegrip. Het lichaam wordt dan opgevat als hetzij persoon, hetzij zaak, maar in beide gevallen wordt een aantal uitzonderingen gemaakt op de juridische regimes die met deze kwalificaties samenhangen. Dat “brengt een zekere goederenrechtelijke dualiteit met zich mee”.<sup>244</sup> aangezien op die manier wordt gebalanceerd tussen vermogensrechtelijk en een niet-vermogensrechtelijke aanpak. Eerst zal de ‘zaaksbenadering’ van het lichaam worden bekeken (*le corps-chose*), daarna de ‘persoonsbenadering’ (*le corps-personne*).<sup>245</sup>

#### 2.4.2.2 Kwalificatie als bijzondere zaak

Volgens de zaaksbenadering is het lichaam juridisch een zaak, ondanks het bestaan van een aantal beperkingen. Blijkens artikel 3:2 BW is een voorwaarde voor zaakskwalificatie dat het gaat om *voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten*. In principe komt lichaamsmateriaal en zelfs het levende lichaam daarvoor in aanmerking. De meeste auteurs stellen echter als vereiste dat het materiaal in kwestie afgescheiden is van de persoon.<sup>246</sup> Het levende lichaam als geheel valt daarmee buiten het vermogensrecht, en kan geen object van een eigendomsrecht zijn.<sup>247</sup> In het goederenrechtelijk deel van de Asser-serie wordt daarnaast als extra vereiste voor zaakskwalificatie gesteld dat het afgescheiden lichaamsmateriaal zich buiten de persoonlijke sfeer van de persoon in kwestie bevindt.<sup>248</sup>

244 J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden), Leiden: Kluwer 2003, p. 225.

245 De termen *corps-chose* en *corps-personne* ontleen ik aan Deroussin 2001, p. 125 en 135. Zie daarnaast voor een goed overzicht van de verschillende benaderingen, en het gebruik van deze termen: C. Crignon-de Oliveira en M. Gaille-Nikodimov, *À qui appartient le corps humain? Médecine, politique et droit*, Parijs: Les Belles Lettres 2004, met name p. 135-136.

246 Petit 1947, p. 431; Gevers 1990, p. 12; A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1991, p. 18-20; Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 55-56; Van der Steur 2003, p. 221.

247 Petit 1947, p. 431; Gevers 1990, p. 8; Broekhuijsen-Molenaar 1991, p. 17; Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 53; en Van der Steur 2003, p. 211-212. Libertaire denkers als Nozick, Posner en Engelhardt verkondigen daarentegen wel de mening dat de mens eigenaar is over zijn eigen lichaam, volgens de gedachte van *selfownership*. Daarmee lijken zijn Mills uitspraak dat “over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign” letterlijk te nemen (zie 1.2).

248 “Zelfs na de afscheiding kunnen produkten of delen van het menselijk lichaam nog in een zo bijzondere rechtspositie verkeren dat zij niet als zaak worden beschouwd, die vatbaar is voor eigendom. Eerst wanneer zij buiten de persoonlijke sfeer vallen van degene van wiens lichaam zij deel uitmaakten, kan men spreken van een toestand waardoor zij binnen het vermogensrecht vallen” (Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam/Ploeger 2006 (3-I), nr. 58).

Groot voordeel van deze benadering is dat de situaties waarin lichaamsmateriaal inderdaad kan worden overgedragen, opgeslagen of gebruikt, op vermogensrechtelijke wijze kunnen worden genormeerd. Bovendien is de zeggenschap over het materiaal daarmee veilig gesteld. Zo zou een eigendomsrecht op het eigen lichaamsmateriaal John Moore hebben kunnen baten bij de bescherming van de zeggenschap over zijn celmateriaal.<sup>249</sup> Afhankelijk van de context valt het lichaamsdeel of lichaamsmateriaal volgens de zaaksbenadering onder het juridisch regime van een eigendomsrecht, van een aan het economisch verkeer onttrokken zaak, of van een aan het rechtsverkeer onttrokken zaak, al worden deze laatste twee termen in het Nederlandse privaatrecht niet (meer) gebruikt.<sup>250</sup>

Om met het eerste regime te beginnen, volgens een aantal juridische auteurs heeft een ieder een eigendomsrecht over het eigen van het lichaam afgescheiden lichaamsmateriaal, behoudens een aantal uitzonderingen die uit de volgende regimes zullen blijken.<sup>251</sup> Leenen gebruikt de volgende redenering:

“Wordt de verbinding tussen de persoon en een stoffelijk deel van zijn lichaam verbroken, dan wordt dat stoffelijk deel een zelfstandigheid die op zichzelf bestaat. Het wordt een zaak. [...] Het ligt voor de hand de eigendom van afgescheiden lichaamsmateriaal toe te kennen aan degene van wie het lichaamsdeel of materiaal afkomstig is.”<sup>252</sup>

Petit stelt het nog bondiger: “afscheiding maakt tot eigenaar dengene, van wiens lichaam die zijn afgescheiden.”<sup>253</sup> In principe is handel, vervreemding en gebruik van dergelijk materiaal dan eveneens mogelijk.

Het tweede regime komt vaker voor. Het lichaamsmateriaal is hier een zaak, aangezien het van het lichaam af te scheiden is, maar mag niet commercieel worden geëxploiteerd. Hoe het lichaam in deze gevallen door het recht als een soort zaak zonder prijs, ofwel een niet-commerciële zaak, wordt benaderd, blijkt onder meer uit de regulering van orgaandonatie, bloedtransfusie, en embryo-

249 In deze bekende rechtzaak kwam kankerpatiënt John Moore erachter dat er buiten zijn weten om winstgevende cellijnen waren ontwikkeld op basis van zijn lichaamsmateriaal. Hij eiste daarop een deel van de opbrengsten op. De Supreme Court van Californië ontkende echter dat Moore een eigendomsrecht had op het materiaal. Moore had daarom evenmin recht op een deel van de winst die men met zijn celmateriaal had gemaakt. Wel oordeelde de rechter dat inbreuk was gemaakt op het vereiste van informed consent, aangezien men Moore niet had ingelicht over de commerciële exploitatie van zijn lichaamsmateriaal. Zie Supreme Court of California, 9 juli 1990 (*Moore v. Regents of the University of California*, 51 Cal. 3d 120; 271 Cal. Rptr. 146; 793 P.2d 479).

250 Op de status van het gestorven lichaam wordt in 8.2.3 ingegaan, en op het embryo in hoofdstuk 4.

251 Zie onder meer Petit 1947, p. 431; Gevers 1990, p. 13; Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 55-56; en Van der Steur 2003, p. 221 en 230.

252 Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 55-56.

253 Petit 1947, p. 431.

donatie. Organen,<sup>254</sup> bloed,<sup>255</sup> foetaal weefsel,<sup>256</sup> embryo's en geslachtscellen<sup>257</sup> mogen volgens Nederlandse wetgeving op geen enkele wijze worden aangeboden tegen een financiële vergoeding. Als deze 'objecten' al worden gekwalificeerd als zaak in de zin van artikel 3:2 BW, dan is het als zaak zonder economische waarde.

Op die manier is in Nederland dit *non-commercialiteitsbeginsel*, zoals het wel wordt genoemd, met betrekking tot het menselijk lichaam verspreid over meerdere ad hoc regelingen. In Frankrijk is daarentegen gekozen voor een centrale bepaling, artikel 16-5 van de Code Civil, waarin onder meer wordt bepaald dat "les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles".<sup>258</sup> Ook op internationaal niveau wordt in het Handvest van de Grondrechten van de EU, evenals in het Biogeneeskundeverdrag,<sup>259</sup> gesteld dat het verboden is "het menselijk lichaam en bestanddelen daarvan als zodanig als bron van financieel voordeel aan te wenden."<sup>260</sup> Wellicht dat de gefragmenteerde benadering van de Nederlandse wetgever een van de oorzaken vormt voor de afwezigheid van overkoepelende, rechtswetenschappelijke gedachtevorming over de status van het lichaam in het recht.

Is het onder dit rechtsregime nog toegestaan lichaamsmateriaal buiten een economische context over te dragen, in het geval van *niet-vermogensrechtelijke objecten* is ook dat privaatrechtelijk onmogelijk. Met de term *res extra commercium* werden in het Romeinse recht dergelijke zaken die buiten het rechtsverkeer vielen (en dus niet slechts buiten het commercieel verkeer zoals de term "commercium" lijkt te suggereren) aangeduid. Ook in het oude BW werd nog een onderscheid gemaakt tussen zaken binnen en buiten het rechtsverkeer. Deze laatste categorie is echter met de invoering van het huidige BW komen te vervallen.

Desondanks kan ten aanzien van het lichaam in veel gevallen worden gesteld dat het functioneert als een *res extra commercium*. Zoals Van der Steur in haar proefschrift over de grenzen van rechtsobjecten schrijft: "Het lichaam, lijk en lichaamsmaterialen zijn eigenlijk de enige zaken, die ook naar het huidige recht als zaak buiten de handel zouden kunnen worden beschouwd."<sup>261</sup> In het vervolg van haar onderzoek bekijkt zij tot welke hoogte het lichaam en zijn onderdelen inderdaad buiten het vermogensrecht zijn geplaatst.

Wat het menselijk lichaam bij leven betreft is het voor haar duidelijk dat het niet als zaak kan worden gekwalificeerd. Daarmee sluit zij zich aan bij de heersende

254 Art. 2 en 7 Wet op de orgaandonatie.

255 Art. 2 lid 1 en art. 4 lid 2 Wet inzake bloedvoorziening.

256 Art. 9 Wet foetaal weefsel.

257 Art. 5 lid 2 en art. 8 lid 2 io. art. 27 Embryowet.

258 Art. 16-5 Code Civil.

259 Zie art. 21 Biogeneeskunde-verdrag.

260 Zie art. 3 lid 2 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

261 Van der Steur 2003, p. 144.

leer ten aanzien van de vermogensrechtelijke status van het levende lichaam, zoals boven reeds uiteengezet. Het lichaam bij leven valt buiten het bereik van het vermogensrecht, zo wordt ook in deel III van de Asser-serie gesteld:

“De eerbied voor de geestelijke waarde van de mens heeft ten gevolge dat zijn stoffelijke verschijning geen voorwerp van vermogensrecht kan zijn. Dit komt tot uiting wanneer een persoon beschikt over de integrerende delen van zijn lichaam: toezegging van bijvoorbeeld een haarvlecht of van bloed schept geen afdwingbare verplichting tot levering, zelfs niet, wanneer er geld voor is bedongen; hoogstens zou het niet-nakomen van de toezegging kunnen leiden tot schadevergoeding.”<sup>262</sup>

Een afgeleide van dit principe betreft de onmogelijkheid een hart of andere vitale organen bij leven af te staan, ook als men daar geen vergoeding voor vraagt. Deze organen zijn wat dat betreft eveneens onttrokken aan het rechtsverkeer. Wanneer men deze organen zou afstaan, zou dat de facto neerkomen op vervreemding van het lichaam, aangezien het lichaam voor het voortbestaan van deze vitale organen afhankelijk is. Ook het eerder genoemde voorbeeld van het verbod op slavernij kan hierbij worden betrokken. Deze onttrekking aan het rechtsverkeer berust dan op de gedachte van ‘onbeschikbaarheid’ van het lichaam.

Omdat de termen *res extra commercium* en *res extra patrimonium* echter beide geen basis meer hebben in het Nederlandse positieve recht, bestaat privaatrechtelijk gezien slechts de mogelijkheid het lichaam ofwel gewoonweg als zaak, ofwel als buiten de zaakscategorie vallend object te beschouwen, hetgeen weinig recht doet aan de bestaande complexe rechtspraktijk rondom het lichaam.<sup>263</sup> Het vermogensrechtelijk systeem laat weinig ruimte voor overwegingen van symbolische of ethische aard, en is eerder gestoeld op economische rationaliteit. Dat blijkt mede uit de definitie van vermogensrechten door het BW als *rechten die overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel* (artikel 3:6 BW). Zo bezien is het niet vreemd dat de symbolische beladenheid van het lichaam maar moeilijk tot uiting kan worden gebracht via het vermogensrechtelijk systeem. Bovendien is het vermogensrecht slecht in staat om rekenschap te geven van de ‘genetische beladenheid’ van lichaamsmateriaal. De wetenschappelijke stand van zaken is inmiddels dermate ver gevorderd, dat het meest onschuldig aandoende materiaal als een nagel of een haar reeds gevoelige, want genetische, informatie over de persoon bevat. Wat dat betreft laten in

262 Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam/Ploeger 2006 (3-I), nr. 58.

263 “Doordat het huidige BW geen begrip ‘zaken buiten de handel’ kent, is er slechts de keuze om [het lichaam, lijk en lichaamsmateriaal] als zaken of als buiten de zaken vallende objecten te beschouwen” (Van der Steur 2003, p. 144).



het publiekrecht gepositieerde waarden als privacy zich even moeilijk vertalen naar het vermogensrecht als de sacrale waarden rondom het lichaam.

#### 2.4.2.3 *Kwalificatie als bijzonder deel van de persoon*

Een alternatieve benadering wordt gezocht in de persoonlijkheidsrechten, zoals het recht op lichamelijke integriteit en privacy. Deze derde oplossing voor de *crise des catégories* plaatst het lichaam aan de kant van de persoon, waarbij echter wederom een aantal uitzonderingen variatie binnen de normering van het lichamelijk domein mogelijk moet maken. Eerder is gewezen op de vooronderstellingen die ten grondslag liggen aan het recht op lichamelijke integriteit en aan de kwalificatie van letselschade als aantasting in de persoon (artikel 6:106 lid 1 sub b BW). Die vooronderstelling is dat het lichaam en zijn onderdelen deel uitmaken van de persoon. Het lichaam is daarmee welbeschouwd een onderdeel van het domein van *être*, en niet van *avoir*. Enig personalisme is dus ook de Nederlandse wetgever niet vreemd. Zoals gezegd is deze benadering geworteld in de naturalistisch-ontologische traditie, waarin de eenheid van lichaam en persoon überhaupt kan worden gedacht.

Het voordeel van deze invalshoek is dat de verbondenheid tussen de persoon en zijn lichaam, en de speciale betekenis die het lichaam voor een ieder heeft, gestalte kan krijgen. Zo kunnen binnen dit kader de bestaande juridische grenzen aan zelfbeschikking beter worden verklaard: over de eigen persoon kan niet even vrijelijk beschikt worden als over voorwerpen van zakelijke rechten. De beperkingen op de commerciële exploitatie van het lichaam en lichaamsdelen kunnen eveneens uit die gedachte afgeleid worden afgeleid. Omdat er bovendien op basis van de persoonsbenadering een onverbreekelijke band blijft bestaan tussen de mens en van zijn lichaam afgescheiden lichaamsmateriaal, is het eenvoudiger bescherming te bieden tegen privacy schendend gebruik van genetische informatie. Wanneer bijvoorbeeld lichaamsmateriaal wordt afgestaan ten bate van medisch onderzoek, moet het onderzoeksinstituut in kwestie, zelfs als het een eigendomsrecht heeft verkregen op het materiaal, de nodige zorgvuldigheid betrachten volgens de *Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst* (WGBO), onder andere met betrekking tot de persoonsgegevens van de donor.<sup>264</sup> De persoonlijkheidsrechten van de donor werken ook dan door. Onduidelijk blijft echter tot welke hoogte het recht op privacy (artikel 10 Gw) en op lichamelijke integriteit (artikel 11 Gw) in meer algemene zin van kracht blijven na overdracht van lichaamsmateriaal.<sup>265</sup>

<sup>264</sup> Blijkens art. 7:467 BW.

<sup>265</sup> Gevers, Verhey en Van der Steur twijfelen (Gevers 1990, p. 15; L.F.M. Verhey, "Privacy en lichamelijke integriteit: op zoek naar evenwicht", in: J. Ten Berge, P. Van Buuren, H. Kummeling en B. Vermeulen (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg* (Burkens-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 161; Van der Steur 2003, p. 223). Leenen is van mening dat deze rechten doorwerken in het lichaamsmateriaal (Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 57). De parlement-

De persoonsbenadering van het lichaam heeft als nadeel dat het geen rekenschap kan geven van de wijze waarop lichaamsdelen en -materiaal in sommige situaties wel als voorwerp mogen worden overgedragen, opgeslagen etc. Door de medische biotechnologie is er in toenemende mate sprake van een “verzelfstandiging van van het lichaam gescheiden stoffen en delen”, zoals Gevers het verwoordt. Dat wil zeggen, “bestanddelen van het lichaam zoals bloed, organen, celmateriaal krijgen een zelfstandiger waarde en gaan vaker een leven leiden buiten de sfeer van de persoon waaruit zij afkomstig zijn”.<sup>266</sup> In dergelijke situaties kunnen de persoonlijkheidsrechten slechts een aanvulling bieden op het vermogensrechtelijke regime. Zo wordt in geval van donatie het lichaamsmateriaal wel degelijk overgedragen, maar blijft het belast met een aantal persoonlijkheidsrechten van de donor.

De conclusie moet daarom luiden dat het recht noodzakelijkerwijs aansluiting zoekt bij zowel de persoons- als zaaksbenadering van het lichaam. Als noodoplossingen voor de rechtspraak en wetenschap bieden deze juridische vormen geen normatief kader waaruit concrete regels kunnen worden afgeleid, maar slechts een mogelijkheid om de problemen waar het lichaam het recht voor stelt provisorisch af te dekken. Om te bepalen tot welke hoogte een vermogensrechtelijke benadering volstaat met betrekking tot het menselijk lichaam, en tot welke hoogte een persoonlijkheidsrechtelijke, is een beroep op buiten het privaatrecht gelegen redeneringen onvermijdelijk. De vraag waar de grenzen van het vermogensrecht liggen kan niet binnen de grenzen van het vermogensrecht zelf worden beantwoord. Deze vraag is niet technisch-juridisch van aard, maar wezenlijk rechtspolitiek en ethisch. Vooral beginselen als lichamelijke zelfbeschikking en menselijke waardigheid spelen daarbij een rol. Een soortgelijke conclusie trekt Van der Steur ten aanzien van de kwalificatie van het levende lichaam als geheel:

“Het menselijk lichaam voldoet aan de technische eisen van het zaaksbegrip: het menselijk lichaam heeft voldoende individualiteit. Toch wordt het menselijk lichaam naar huidig recht niet als zaak gekwalificeerd. Ethische bezwaren, waarbij met name de menselijke waardigheid een centrale rol speelt, verzetten zich ertegen dat het menselijk lichaam als zaak wordt beschouwd.”<sup>267</sup>

Uit bovenstaande analyse van de verschillende juridische regimes ten aanzien van het menselijk lichaam bleek reeds dat deze ethische afwegingen verschillend uitpakken naar gelang het lichaamsmateriaal en de situatie die speelt. Het

---

taire geschiedenis geeft evenmin helderheid. Slechts over de doorwerking van art. 10 en 11 Gw in het gestorven lichaam is de wetgever expliciet geweest, waarover meer in met name 8.2.3.

266 Gevers 1990, p. 6.

267 Van der Steur 2003, p. 212.

resultaat is dat er op dit terrein sprake is van variërende combinaties van een vermogensrechtelijke en een persoonlijkheidsrechtelijke benadering. Deze segmentatie en verbrokkeling ten aanzien van de status van het menselijk lichaam beschrijft Mathieu als volgt:

“Par une construction, parfois acrobatique, l’humain s’est trouvé dissocié, découpé en régimes juridiques distincts. Il s’agit alors de protéger l’homme dans son identité la plus matérielle, la plus visible, tout en permettant certaines formes d’instrumentalisation d’un humain moins évident à la conscience.”<sup>268</sup>

Het recht maakt onder meer onderscheid tussen het lichaam als geheel, van het lichaam afgescheiden lichaamsmateriaal, embryo’s en geslachtscellen, de baarmoeder, organen, geslachtsdelen, genetisch materiaal etc. Voor iedere categorie geldt een ander geheel aan juridische regels. De embryo’s en organen kunnen op hun beurt ook weer onderscheiden worden in verschillende soorten. Wat orgaan-donatie bij leven betreft maakt de *Wet op de orgaandonatie* (WOD) onderscheid tussen gepaarde organen (met name de nieren) en niet gepaarde organen (hart, pancreas en lever),<sup>269</sup> en tussen regenererende en niet regenererende organen.<sup>270</sup> Maar vooral in de regulering omtrent handelingen met ongeboren leven treedt de verbrokkeling aan het licht, zo zal in hoofdstuk 4 nog aan bod komen.<sup>271</sup>

Zijn de menselijke waardigheid en lichamelijke zelfbeschikking als juridische principes in staat enige lijn in deze verbrokkelde regelgeving te brengen? In de volgende twee hoofdstukken wordt stilgestaan bij de betekenis van deze beginselen, en hun toepassing op de status van het lichaam en het embryo in het biomedisch tijdperk.

## 2.5 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn in vogelvlucht twee tradities bekeken die bepalend zijn geweest voor de vorming en invulling van het hedendaagse juridische persoonsbegrip. Wat de Franse rechtshistorici aan de hand van hun analyses van beide tradities overtuigend aan het licht hebben gebracht, is hoe de juridische persoon een hybride heeft kunnen worden van biologie en recht, feit en constructie, empirische werkelijkheid en juridische werkelijkheid, collectiviteit en individualiteit,

268 B. Mathieu, *Génome humain et droits fondamentaux*, Parijs: Ed. Economica 2000, p. 13.

269 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 358, nr 3, p. 11(MvT). Donatie bij leven van niet gepaarde organen is nooit toegestaan, slechts in sommige gevallen delen van de niet gepaarde organen.

270 Zie art. 4 lid 1 en 5 lid 1 WOD. Slechts regenererende organen mogen door minderjarigen en wilsonbekwamen worden afgestaan onder bepaald omstandigheden.

271 Aan de segmentatie van de juridische status van het embryo op Nederlands, Europees en Frans niveau heb ik eerder een artikel gewijd, zie B.C. van Beers, “De mysterieuze status van het embryo”, *NJB* 2005, nr. 13, p. 678-685.

natuur en samenleving. Binnen de rechtsdogmatiek heeft men zich echter weinig rekenschap van deze vermenging gegeven. Zoals Thomas schrijft: “Notre tradition juridique naturalise la personne, la confond avec lui-même. En même temps, elle l’en distingue. Dès lors, les sujets de droits se présentent comme un curieux mélange de réalité corporelle et d’abstraction.”<sup>272</sup> De dubbelzinnige en moeilijk te doorgronden wijze waarop het huidige persoonsbegrip zich tot de fysieke mens verhoudt, is dan ook vooral het resultaat van de invloed van beide tegengestelde tradities op de vorming van het begrip.

De *persoon* is blijkens deze invloeden een dynamische categorie, met een eigen rechtshistorie: de invulling van het begrip is veranderlijk, manipuleerbaar, en afhankelijk van opvattingen over de taak van het recht enerzijds, en de rol van het individu in de samenleving anderzijds. Het is in twee opzichten aan verandering onderhevig, die beide met elkaar samenhangen.

Ten eerste worden, parallel aan maatschappelijke en wetenschappelijke veranderingen, de grenzen van het persoonsbegrip op verschillende wijzen getrokken. De slavernij en de *mort civile* zijn voorbeelden van grenzen aan het persoonsbegrip die niet langer bestaan. In de huidige tijd leidt het biomedische gebruik van embryonaal materiaal (bijvoorbeeld als bron van stamcellen of foetaal weefsel) en van het gestorven lichaam (bijvoorbeeld als bron voor orgaandonatie of als object van experimenten) tot een betwisting van de grenzen van de persoon.

Een tweede ‘variabele’ in de evolutie van het persoonsbegrip is de mate van abstractie en concreetheid. In hoeverre wordt de persoon als sociaal construct gedacht, en in hoeverre wordt zij verankerd in de natuur?<sup>273</sup> In de geschiedenis van het persoonsbegrip zijn zowel tendensen van *naturalisering* of *ontologisering* van de persoon te bespeuren als tendensen van *artificialisering*. Deze tendensen verhouden zich op ondoorzichtige wijze ten opzichte van elkaar. Het Romeinse persoonsbegrip kenmerkt zich door zijn hoge abstractie-gehalte. De noodzaak tot abstractie van de concrete, vleeselijke mens is eigen aan het recht. Zonder enige mate van distantie, abstractie en reductie, zou het rechtssubject onhanteerbaar worden, en verbrokkelen in singulariteit.

Toch laat de geschiedenis van het persoonsbegrip ook telkens de behoefte van het recht zien om aansluiting te zoeken bij een bepaald natuurbegrip, dat ook zelf echter weer een construct is. In deze tijd geeft de behoefte aan regulering van de biomedische technieken aanleiding tot een hernieuwde verhouding van het recht tot de biologische aspecten van het menselijk bestaan. De vaagheid waarin het huidige persoonsbegrip gehuld gaat, en de hybride aard ervan, maken die taak tot geen gemakkelijke.

272 Thomas 2002, p. 145.

273 Cayla spreekt in verband met de menselijke waardigheid van een dergelijke “ancrage de la personne dans la nature”. (Cayla 2002, p. 78).

Zo is in dit hoofdstuk beschreven hoe het onderscheid tussen persoon en zaak tekort schiet waar het de kwalificatie van het lichaam betreft. In het recht zijn diverse combinaties van het persoons- en zaaksregime tot stand gebracht ter compensatie van dit tekort. Deze juridische constructies kunnen evenwel niet verhullen dat het menselijk lichaam aan de bestaande juridische kwalificaties voorbij gaat. In het volgende hoofdstuk wordt een andere juridische benadering van het menselijk lichaam verkend. Deze benadering is niet gericht op de kwalificatie van het lichaam, maar op de beginselen die de beschikkingsvrijheid over het lichaam constitueren en afbakenen. Is men wellicht op basis van deze beginselen beter in staat het menselijk lichaam in het recht te representeren? Kunnen deze beginselen meer recht doen aan de bijzondere status die het lichaam geniet in een ieders belevingswereld?

Bij de analyse van de beginselen van lichamelijke integriteit, lichamelijke zelfbeschikking en menselijke waardigheid zullen de artificialistische en de naturalistische traditie in andere gedaantes terugkeren. Zoals is aangegeven in dit hoofdstuk, past het beginsel van zelfbeschikking vooral goed in de artificialistische traditie, en de menselijke waardigheid in de naturalistisch-ontologische traditie. Het onderscheid tussen beide tradities is zelfs kenmerkend voor het denkkader waarbinnen de discussies over de medische biotechnologie plaats vinden.

Op meerdere niveaus worden de debatten over de toelaatbaarheid van nieuwe biomedische technieken gekenmerkt door een spanningsveld tussen “zelfbeschikking en natuurlijke grenzen”, zoals ethicus Zwart dat stelt.<sup>274</sup> Zwart beaamt dat een beroep op “de natuur” in deze tijd onmiddellijk verdacht is. Toch representeert dat beroep volgens hem een moreel ervaringsmoment dat articulatie verdient in ethische discussies over de maakbaarheid van het lichaam. Hij is

“ervan overtuigd dat een kritische doordacht natuurbegrip van belang is voor de actuele discussie. Niet als archimedisch houvast dat ons van de plicht ontslaat om onze eigen afwegingen te maken en zelf verantwoordelijkheid te nemen, niet als een exacte demarcatie tussen wat wel en niet geoorloofd is, maar als articulatie van een ervaringspool”.<sup>275</sup>

Zijn oproep is vooral gericht aan het adres van zuiver op zelfbeschikking gerichte ethici, die zijns inziens de neiging vertonen deze morele ervaring het zwijgen op te leggen. Het belangrijkste argument dat vanuit ethische hoek wordt ingebracht tegen het gebruik van argumenten die gebaseerd zijn op natuurlijke grenzen, is dat uit de natuur geen normen kunnen worden afgeleid; het is altijd de mens zelf

274 H. Zwart (1995b), “Zelfbeschikking en natuurlijke grenzen”, in: Th.A. Boer (red.), *Zelf beschikken? Wensen van patiënten: mogelijkheden en grenzen*, Kampen: Kok 1995, p. 35-45.

275 Zwart 1995b, p. 38-39.

die een morele positie inneemt. Maar dat is ook niet wat Zwart verstaat onder “natuurlijke grenzen.” In zijn eigen woorden:

“De natuur spreekt niet voor zich, normativiteit moet ervaren worden. De natuur spreekt niet buiten de mens om, de natuur is geen wetboek waaruit handelingsaanwijzingen op deductieve wijze kunnen worden afgeleid. Het is de mens die betekenis verstaat en interpreteert, en die interpretaties verschuiven, historisch gezien. Ons ontzag voor de natuur is niet langer het ontzag dat onze voorouders voor de natuur aan de dag legden. Dit neemt niet weg dat bepaalde aspecten van oudere interpretaties voor ons herkenbaar en invoelbaar blijven, alsof er toch een gemeenschappelijke kern bestaat. Desalniettemin blijft de morele betekenis van de natuur een ervaringsmoment, een component van onze morele afwegingen, die door de ethiek verwoord, uitgediept en kritisch getoetst moet worden.”<sup>276</sup>

Men kan stellen dat Zwart inmiddels gelijk heeft gekregen. De menselijke natuur is als moreel argument prominent aanwezig in de discussies over de grenzen van de medische biotechnologie. Immers, in de vorm van de menselijke waardigheid vormt “de morele betekenis van de natuur als ervaringsmoment” een belangrijke leidraad bij de juridische en ethische normering van de biomedische praktijk. Zoals Zwart stelt ten aanzien van het morele natuurbegrip, kan de menselijke waardigheid niet worden gezien als een afspiegeling van de biologische werkelijkheid. Het is een moreel ervaringsmoment waarvan de invulling door de geschiedenis heen aan verandering onderhevig is. In hoofdstuk 8 zal dan ook worden betoogd dat de menselijke natuur en de menselijke waardigheid waarnaar in de regulering van de medische biotechnologie wordt verwezen, symbolisch-juridische constructies zijn waarin een cultureel bepaalde visie op de mens tot uitdrukking wordt gebracht. Voor een juist begrip van beginselen als menselijke waardigheid en zelfbeschikking, is het echter allereerst noodzakelijk om te bezien welke uitwerking zij in de rechtspraktijk krijgen. In het volgende hoofdstuk wordt stilgestaan bij de invloed van deze beginselen op de juridische benadering van het lichaam.

---

276 Zwart 1995b, p. 38.



### 3 Lichamelijke integriteit, zelfbeschikking en menselijke waardigheid

#### Inleiding

De verhouding tot het eigen lichaam is ambivalent: men kan over het eigen lichaam beschikken, en tegelijkertijd is men aan zijn lichaam gebonden; het lichaam maakt een ieder tot wie hij is, maar desondanks wordt men niet door zijn lichaam gedefinieerd. In het vorige hoofdstuk kwam naar voren dat het menselijk lichaam zich dan ook moeilijk laat classificeren. Verschillende tussenoplossingen worden in de rechtsdogmatiek voorgesteld. Bij nadere inspectie blijkt een overkoepelende kwalificatie van het menselijk lichaam in al zijn verschillende dimensies (organen, het levende lichaam in zijn geheel, stamcellen, embryo's, sperma, cellijnen, etc.) echter onmogelijk en onwenselijk. Waarover wel overwegend eensgezindheid bestaat is dat er geen sprake is van een onbeperkte contractvrijheid of een eigendomsrecht over het eigen lichaam. De rechtsdogmatische weigering het menselijk lichaam te kwalificeren als zaak is gelegen in beginselen als de "eerbied voor de geestelijke waarde van de mens",<sup>277</sup> de menselijke waardigheid en lichamelijke integriteit. Dergelijke beginselen staan in de weg aan een onbeperkte beschikkingsvrijheid over het lichaam.

Een wellicht vruchtbaardere poging om de bijzondere positie van het lichaam in het recht te duiden is om deze juridische beginselen zelf aan een nader onderzoek te onderwerpen. Op die manier kan zonder omwegen worden onderzocht waar de vrijheden en rechten ten aanzien van het eigen lichaam op neerkomen. In plaats van te proberen het lichaam in een bestaande categorie onder te brengen, en daaruit het juridische beschermingsregime ten aanzien van het menselijk lichaam af te leiden, wordt in dit hoofdstuk rechtstreeks licht geworpen op de beginselen die bepalend zijn voor de toelaatbaarheid van handelingen met het lichaam. De Nederlandse benadering wordt traditioneel gekenmerkt door de nadruk op de beginselen van lichamelijke integriteit en lichamelijke zelfbeschikking (3.1). In het Franse systeem zijn naast de lichamelijke integriteit de beginselen van menselijke waardigheid en het principe van *l'indisponibilité du*

277 F.H.J. Mijnsen, P. de Haan, C.C. van Dam en H.D. Ploeger, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Vermogensrecht algemeen, 3-1 Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006 (Asser/Mijnsen/De Haan/Van Dam/Ploeger 2006), nr. 58.



*corps humain* sterk gerepresenteerd (3.2). In het Europese recht treffen we een mengvorm van beide tradities aan (3.3).

Stond in het vorige hoofdstuk voornamelijk een privaatrechtelijke benadering centraal, in de komende paragrafen zullen publiekrechtelijke beginselen domineren. Daarmee wordt de mate waarin het menselijk lichaam deel uitmaakt van de publieke sfeer zichtbaar. Dat de overheidsbemoeienis zich uitstrekt over het lichamelijke domein blijkt alleen al uit het feit dat het gezondheidsrecht voor het grootste deel uit bestuursrechtelijke regels bestaat.<sup>278</sup> In dit hoofdstuk zal echter vooral de grondrechtelijke bescherming van het menselijk lichaam worden geanalyseerd.

De invloed van het publiekrecht op dit terrein hoeft niet te verbazen. Van oudsher wordt de bescherming van lijf en leden van burgers tot de kerntaken van de overheid gerekend. Lijfsbehoud wordt in de klassieke sociale contracttheorieën dan ook genoemd als een van de ontstaansgronden voor de staat. In de natuurstaat is men immers niet zeker van zijn leven en lichamelijke integriteit, zodat het in een ieders belang is een deel van zijn macht aan het overheidsgezag af te staan, om te waarborgen dat deze belangen worden beschermd. Het recht op leven en lichamelijke integriteit nemen om die reden een belangrijke plaats in temidden van de grondrechten. De vraag is echter wat de grondslag is van de bescherming die de overheid biedt aan het lichaam en de gezondheid van haar burgers.

Beschermen het recht op leven en op lichamelijke integriteit rechtsgoederen waarvan de inhoud – onafhankelijk van de visie van het individu – vastligt? Anders gezegd, wordt de lichamelijke integriteit beschermd, ook als het rechtssubject geen prijs op die bescherming stelt, en volledig instemt met de inbreuken op zijn lichamelijke integriteit? Wanneer deze vragen bevestigend worden beantwoord, beschermen het recht op leven en lichamelijke integriteit niet zozeer een bepaalde, individuele *vrijheid* van handelen met betrekking tot leven en lichaam, maar een voorgegeven *belang* bij bescherming tegen aantasting van leven en lichaam. De beschermwaardigheid van het menselijk lichaam is daarbij tot op zekere hoogte onafhankelijk van de waarde die het individu zelf aan het lichaam hecht. Als deze rechten bovendien geacht worden te functioneren in de verhouding van het individu tot zijn eigen lichaam, zal een beroep op menselijke waardigheid, uitgelegd als principe waarin de eenheid van persoon en lichaam tot uiting komt, niet ver weg zijn. De overheid mag het rechtssubject dan in uiterste gevallen, waarin hij de eigen lichamelijke integriteit dreigt aan te tasten, tegen zichzelf beschermen. Elementen van deze benadering zijn te herkennen in het Franse recht.

Een tweede interpretatie luidt dat de overheid leven en lichaam van haar burgers beschermt op grond van de subjectieve betekenis die een ieder aan zijn eigen lichamelijke gezondheid en lichaam hecht. Binnen een dergelijke benade-

278 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel 1 Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2007, p. 9.

ring past het om het recht op leven en lichaam uit te leggen niet alleen als een afweerrecht, maar ook als een recht om vrijelijk over het eigen lichaam en leven te beschikken. In *extremis* doorgeredeneerd kunnen het recht op leven en lichamelijke integriteit daarmee uiteindelijk ook worden uitgelegd als een recht om te sterven of een recht op zelfverminking. In het Nederlandse gezondheidsrecht is deze zelfbeschikkingsbenadering sterk vertegenwoordigd.

Het opvallende aan de beginselen van menselijke waardigheid en lichamelijke zelfbeschikking is dat zij eveneens doorwerken bij de normering van handelingen die in de eerste plaats consequenties hebben voor de eigen persoon.<sup>279</sup> In de discussie over het zelfbeschikkingsrecht komt de vraag centraal te staan of men de vrijheid heeft om alles te doen of laten met het eigen lichaam, en of de overheid grenzen aan die vrijheid mag stellen. Omgekeerd worden de grenzen aan deze vrijheid gebaseerd op een bepaalde lezing van de menselijke waardigheid die vertrekt vanuit de verbondenheid van de persoon met zijn lichaam.

### 3.1 Nederland: lichamelijke integriteit en zelfbeschikking

#### 3.1.1 Het lichamenlijk zelfbeschikkingsrecht

De juridische en ethische gedachtevorming in Nederland over de status van het lichaam staat van oudsher in het teken van het beginsel van lichamenlijk zelfbeschikking. In de discussies over de toelaatbaarheid van bijvoorbeeld euthanasie, abortus en orgaandonatie vormt zelfbeschikking een veel gebruikt argument, zoals mede uit de parlementaire debatten over deze thema's blijkt.<sup>280</sup> Wat het gezondheidsrecht betreft wordt in navolging van Leenens gezaghebbende *Handboek gezondheidsrecht* zelfs gesproken van een zelfbeschikkingsrecht ten aanzien van het eigen lichaam en het leven. Dat er in juridisch Nederland inmiddels veel is geschreven over dit zelfbeschikkingsrecht, ondanks het uitblijven van positivering van het recht, is daarom vooral te danken aan het gedachtegoed van Leenen.

279 Voorwaarde voor juridische interventie is evenwel dat bij het zelfgerichte handelen ook derden betrokken zijn, zoals in het geval van een medische behandeling, euthanasie, dwergwerpen of sadomasochisme. Om die reden laat het recht zelfmoord en zelfmutilatie ongemoeid, maar zijn hulp bij zelfmoord en zelfmutilatie wel strafbaar.

280 Over het beroep op het zelfbeschikkingsrecht in de parlementaire debatten over de *Wet Toetsing Levensbeëindiging*, zie E. Pans, *De normatieve grondslagen van het Nederlandse euthanasierecht* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 134-136. Volgens Den Hartogh waren ook de parlementaire debatten over de *Wet op de orgaandonatie* in belangrijke mate voor-gestructureerd door het zelfbeschikkingsrecht, zie G.A. den Hartogh (2003b), *Gift of bijdrage? Over morele aspecten van orgaandonatie*, Den Haag: Rathenau Instituut 2003, p. 25-26.

Hoewel in latere drukken van Leenens handboek de absolute toon en gelding van het zelfbeschikkingsrecht is gerelativeerd,<sup>281</sup> wordt in de eerste zinnen van de meest recente uitgave benadrukt dat het uitgangspunt en de benaderingswijze van het boek nog altijd dezelfde zijn: “De rechten van de mens in de gezondheidszorg worden besproken tegen de achtergrond van de grond- en mensenrechten en de daaraan ten grondslag liggende rechtsbeginselen, in het bijzonder het zelfbeschikkingsrecht.”<sup>282</sup> Op die manier functioneert het zelfbeschikkingsrecht als “een normatief kader voor de toetsing van de rechtspositie van de mens in de gezondheidszorg en voor medisch handelen buiten de gezondheidszorg”.<sup>283</sup>

Deze druk uit 2007 is de eerste uitgave van het handboek die wegens Leenens dood in 2002 zonder zijn medewerking tot stand is gekomen. De aanpassingen die bewerkers Gevers en Legemaate in het handboek hebben aangebracht, betreffen niet alleen een actualisering van het boek op basis van de laatste juridische en medische ontwikkelingen, maar duiden eveneens op een zekere verschuiving in het theoretisch kader. Hoewel Gevers en Legemaate stellen dat het zelfbeschikkingsrecht de rechtsvorming op dit terrein doortrekt en nog steeds aan invloed wint in nationale en internationale rechtspraak,<sup>284</sup> komt in hun uitgave de inhoud van dit recht minder goed uit de verf. Tekenend is dat de hoofdstukken “Zelfbeschikking van de mens in de gezondheidszorg” en “Mensbeeld in het gezondheidsrecht” zijn verdwenen. De inhoud van deze hoofdstukken keert slechts gedeeltelijk en verspreid over verschillende hoofdstukken terug in hun uitgave. Om deze redenen zal voor een uiteenzetting van Leenens gedachtegoed omtrent het zelfbeschikkingsrecht met name worden verwezen naar en geciteerd uit de laatste door hemzelf en Gevers herziene druk uit 2000.

De invloed van het zelfbeschikkingsrecht op het gezondheidsrecht hangt nauw samen met de opkomst van patiëntenrechten in de jaren zeventig. De achterliggende gedachte van het zelfbeschikkingsrecht was en is nog altijd de patiënt een sterke positie te geven in de medische praktijk. Doordat de gezondheidszorg zich in technisch en bureaucratisch opzicht steeds verder uitbreidt, staan de mondigheid en vrijheid van de mens onder druk, zo wordt in het handboek gesteld:

“In de gezondheidszorg speelt het zelfbeschikkingsrecht een belangrijke rol. [...] Wetenschap en techniek leiden tot steeds dieper gaande ingrepen in de mens en de gezondheidszorg is meer en meer een groot, ingewikkeld en bureaucratisch apparaat geworden waaraan de patiënt ondergeschikt raakt. De belangen van

281 Zoals Legemaate observeert (J. Legemaate, “Het zelfbeschikkingsrecht: een oud debat in nieuw licht”, *TvG* 2004-1, p. 18-19).

282 Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 1.

283 Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 37.

284 Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 39.

anderen, administraties en hulpverleners, kunnen dan gemakkelijk te zeer gaan overwegen.”<sup>285</sup>

Hoewel de gezondheidszorg in dienst staat van een ieders fysieke welzijn, dreigen de vrije oordeelsvorming en onafhankelijkheid van de patiënt in de verdrukking te komen door de grootschaligheid van datzelfde systeem. Leenen spreekt in dat verband meermalen van “de paradox van de gezondheidszorg.”<sup>286</sup>

Daarmee draagt Leenens zelfbeschikkingsleer de sporen van de gezondheids-ethiek die vanaf eind jaren zestig tot ontwikkeling komt. Als startpunt van de hedendaagse gezondheidsethiek in Nederland noemt men veelal Jan Hendrik van den Bergs *Medische macht en medische ethiek* (1969),<sup>287</sup> waarin het onbehagen over de mogelijke onmenselijke effecten van de medische technologie pregnant werd verwoord. Medisch-technologische ontwikkelingen brachten een herbezinning op de medische ethiek teweeg, waarin tot dan de verantwoordelijkheid van de arts de belangrijkste leidraad had gevormd. In de medische ethiek die Van den Berg voorstond, werd er vanuit gegaan dat het technische kunnen van de moderne geneeskunde niet altijd tot zinvolle resultaten leidt. Bekende voorbeelden zijn het verlengen van leven door kunstmatige beademing wanneer de hoop op herstel reeds lang voorbij is, of het in standhouden van een leven vol ondraaglijke pijn via talloze ingrijpende operaties. Volgens deze nieuwe gezondheidsethiek was het de arts niet langer geboden menselijk leven te behouden, te sparen en te verlengen, waar en wanneer hij dat *kan*, maar slechts waar en wanneer dat *zinvol* is.

De vraag bleef daarmee echter overeind aan wie het is om te bepalen wanneer er nog sprake is van zinvol medisch handelen. Daar waar Van den Berg die beslissing vooral aan de behandelend arts liet, heeft sindsdien de opvatting terrein gewonnen dat de opvattingen van de patiënt doorslaggevend zijn. Daarmee verschoof het accent binnen de ethiek van het principe van weldoen (de arts bepaalt wat goed is voor de patiënt) naar het principe van autonomie van de patiënt (de patiënt bepaalt zelf wat goed is voor hem).<sup>288</sup> De arts kon niet langer om de patiënt heen, zonder wiens toestemming ingrepen aan het lichaam niet zijn toegestaan. Het resultaat is dat de patiënt het recht heeft verkregen om medische ingrepen te weigeren, aangezien zij verreikende consequenties kunnen hebben voor zijn leven. Het is onder de noemer van het zelfbeschikkingsrecht dat deze persoons-

285 H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsreeks deel II Gezondheidszorg en recht*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu van Loghum 2002.

286 Zie o.a. Leenen 2000, p. 14.

287 Zie onder meer H.A.M.J. ten Have, R.H.J. ter Meulen en E. van Leeuwen, *Medische ethiek*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 1998, p. 35; H. Zwart (1995a), *Weg met de ethiek? Filosofische beschouwingen over geneeskunde en ethiek*, Amsterdam: Thesis Publishers 1995, p. 25 e.v.; D.P. Engberts, *Met recht en reden. Het gemeenschappelijke belang van medische ethiek en gezondheidsrecht* (oratie Leiden), 11 november 2005, <[www.azl.nl/nieuws/archief/oratieteksten/oratieengberts.html](http://www.azl.nl/nieuws/archief/oratieteksten/oratieengberts.html)>.

288 M. Marzano, *Je consens, donc je suis... Éthique de l'autonomie*, Parijs: PUF 2006, p. 6.

gerichte benadering opgang in de gezondheidsethiek heeft gemaakt. Zoals Zwart het formuleert in zijn beschouwingen over het gezondheidsrechtelijk discours:

“De hedendaagse gezondheidsethiek beschouwt het als haar taak de belangen van de persoon tegen een al te opdringerige geneeskunde te verdedigen. In een technologisch tijdsgewricht staat de gezondheidsethiek op de bres voor de persoon en dat is onmiskenbaar haar verdienste. Wanneer mensen zonder hun weten of instemming bij wetenschappelijk onderzoek betrokken raken, voelen zij zich met recht gebruikt, hoe groot het wetenschappelijk belang van die doeleinden ook moge zijn.”<sup>289</sup>

De ethische reflectie op de zin en wenselijkheid van technisch-medisch ingrijpen verdwijnt naar de achtergrond en maakt op die manier plaats voor het zelfbeschikkingsrecht van de persoon. De persoonlijke visie van het individu wordt het belangrijkste criterium in de gedachtevorming. Algemene reflectie over de verhouding van de persoon tot zijn lichaam of over de morele betekenis van het lichaam wordt los van dit subjectieve gezichtspunt van minder belang geacht. Anders gezegd, deze reflectie wordt aan het individu gedelegeerd. Zwart wijst er in het vervolg van zijn betoog dan ook op dat binnen een dergelijk persoonsgericht denkkader de intrinsieke waarde van het lichaam uit het theoretische vizier verdwijnt. Ik zal op dit punt in 3.1.6 terugkomen.

Op die manier is de ontwikkeling van zelfbeschikking als gezaghebbend juridisch en ethisch beginsel te begrijpen als een reactie op de expansie van de medische macht en medische technologie. Met ethica Heleen Dupuis kan men vaststellen dat “een nauwkeurige analyse van de opkomst en historie van de term ‘zelfbeschikking’ als recht van de individuele patiënt laat zien dat het hier vooral om een protestbegrip gaat.”<sup>290</sup> Het ‘protest-karakter’ van de idee van zelfbeschikking maakt inzichtelijk hoe ook het zelfbeschikkingsrecht, zoals het dankzij Leenen een belangrijke plaats in het gezondheidsrecht heeft verworven, eerst en vooral een afweerrecht is tegen inbreuken op het lichaam van buitenaf. Dit beginsel werpt een drempel op tegen beschikking over het menselijk lichaam door derden.

Deze zijde van het zelfbeschikkingsrecht, namelijk het recht om gevrijwaard te blijven van aantastingen in de lichamelijke integriteit door derden, is juridisch onomstreden. Sterker nog, zij beschermt de onschendbaarheid van het lichaam, een van de kernwaarden binnen de rechtsorde, en behoort daarmee tot de belangrijkste rechten van de menselijke persoon. Wanneer men over het lichaam van een ander beschikt, betekent dat niet alleen een aantasting van het recht op pri-

---

289 Zwart 1995a, p. 37.

290 H.M. Dupuis, “Eigen keuzen van patiënten: schildrecht en claimrecht”, <[www.medischeethiek.nl/modules/smartsection/item.php?itemid=36](http://www.medischeethiek.nl/modules/smartsection/item.php?itemid=36)>, 2003.

vacy, maar dreigt bovendien het gevaar van instrumentalisering en objectivering van de persoon in kwestie, hetgeen tot uitdrukking wordt gebracht via het recht op lichamelijke integriteit, en in extreme gevallen via het verbod op martelen.

De term *zelfbeschikkingsrecht* suggereert echter meer dan slechts afweer. Betekent lichamelijke zelfbeschikking niet dat men het recht heeft om in volledige vrijheid te doen en laten met het eigen lichaam wat men maar wil? Omvat het recht op lichamelijke zelfbeschikking niet ook het recht om de eigen lichamelijke integriteit aan te tasten, al dan niet met de hulp van anderen? De precieze invulling van het zelfbeschikkingsrecht blijft echter enigszins vaag in het *Handboek gezondheidsrecht*. In het volgende citaat komt Leenen nog het dichtst bij een definitie:

“Zelfbeschikkingsrecht houdt eigen keuze van normen en waarden met betrekking tot het eigen leven in, ook al kan dat een afwijking betekenen van in de samenleving van dat moment gangbare normen en waarden. Een in de samenleving als positief beleefde waarde kan door een individu negatief worden beoordeeld en omgekeerd. Zou men in de samenleving geldende waarden moeten volgen, dan kan niet van zelfbeschikking worden gesproken. Het wezen van de vrijheid is dat men deze zelf inhoud kan geven.”<sup>291</sup>

Het zelfbeschikkingsrecht in algemene zin houdt volgens Leenen dus in dat men dient te worden vrijgelaten zijn leven in te richten volgens zelfgekozen normen en waarden, ook al druisen die tegen de op dat moment heersende ideeën over een goed leven in. Deze vrijheid betreft niet slechts het geestelijke domein, het geldt eveneens ten aanzien van een ieders eigen lichaam en leven: “Het zelfbeschikkingsrecht betreft de gehele mens in zijn geestelijke en stoffelijke aspecten.”<sup>292</sup> Leenen spreekt in het verlengde daarvan van een *recht op eigen lichaam*,<sup>293</sup> en het *zelfbeschikkingsrecht over eigen leven*.<sup>294</sup> De medische professie dient zelfbeschikking dan ook als voornaamste richtlijn te hanteren bij haar dienstverlening:

“Medische hulpverlening beoogt herstel en vergroting van de zelfbeschikking van de mens. Daaruit vloeit voort dat de beperkingen die de hulpverlening soms met zich meebrengt (narcose, bedrust, ingrepen in het lichaam, gedragsregels) niet verder mogen gaan dan voor het zo goed mogelijk herstellen van de zelfbeschikking noodzakelijk is.”<sup>295</sup>

291 Leenen 2000, p. 33.

292 Leenen 2000, p. 45.

293 Leenen 2000, p. 46.

294 Leenen 2000, p. 23.

295 H.J.J. Leenen en J.K.M. Gevers, *Handboek gezondheidsrecht. Deel II Gezondheidszorg en recht*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2002, p. 13.

Wanneer deze uitspraken van Leenen met elkaar worden gecombineerd, doemt een uitgebreid recht om over het eigen lichaam te beschikken op. Heersende waarden in de samenleving zoals de integriteit van het lichaam, de menselijke waardigheid, respect voor menselijk leven, of de heiligheid van leven lijken aan de kant te kunnen worden geschoven wanneer het gaat om de beslissings- en handelingsbevoegdheid ten aanzien van het eigen lichaam. Een dergelijk zelfbeschikkingsrecht zou het individu kunnen inbrengen tegen “de publieke handhaving van integriteitswaarden die aan lichamelijke grondaspecten van ons bestaan worden toegekend”,<sup>296</sup> zoals Visser 't Hooft dat formuleert. Zo kan bescherming van de lichamelijke integriteit volgens deze benadering niet aan het individu worden tegengeworpen wanneer het individu inbreuk wil (laten) maken op de integriteit van zijn eigen lichaam. We komen hiermee op het terrein van de normering van zelfgericht handelen, dat wil zeggen, handelingen die de verhouding van het individu tot zijn eigen lichaam betreffen. In de woorden van Visser 't Hooft:

“In deze context [...] hebben we niet meer te maken met de traditionele ‘Abwehr’-functie van de vrijheidsrechten, maar met een veel lastiger konflikt tussen twee fundamentele uitgangspunten: tegenover een aan de integriteitsgedachte (‘inviolabilité’) gekoppeld onvervreemdbaarheidspostulaat (‘inaliénabilité’) staat het recht tot zelfbeschikking (‘auto-détermination’).”<sup>297</sup>

In deze interpretatie is het lichamelijk zelfbeschikkingsrecht niet alleen een recht dat het lichaam beschermt tegen invloeden van buitenaf (afweerrecht, schildrecht), maar ook een recht op keuze- en handelingsvrijheid met betrekking tot het eigen lichaam (beschikkingsrecht, bevoegdheden). Men heeft dan het recht zelf te bepalen wat er met zijn lichaam gebeurt, zoals een recht om het lichaam te veranderen, te verbeteren of te verminken. Zo uitgelegd, botst het lichamelijk zelfbeschikkingsrecht met regulering die gebaseerd is op beginselen waarin een bepaalde objectieve betekenis of bescherming van het lichaam voorop wordt gesteld, of waarin de eenheid van persoon en lichaam wordt gepostuleerd, desnoods tegen de wil van het individu in. Met name in de regulering van de medische biotechnologie zijn dergelijke redeneringen werkzaam. Je mag je organen niet verkopen, je eigen lichaamsmateriaal niet gebruiken om een kloon te creëren, noch je eigen voortplantingsmateriaal genetisch manipuleren.<sup>298</sup> Kan het rechtssubject zich op grond van zijn zelfbeschikkingsrecht verzetten tegen

296 H.Ph. Visser 't Hooft, “De doolhof van het zelfbeschikkingsrecht”, in: J. ten Berge, G.J.H. van Hoof, A.Ph. Jaspers en A.H.J. Swart (red.), *Recht als norm en aspiratie. Opstellen over recht en samenleving ter gelegenheid van het 350-jarig bestaan van de Utrechtse Juridische Faculteit*, Nijmegen: Ars Aequi 1986, p. 383.

297 Visser 't Hooft 1986, p. 382.

298 Betoogd kan worden dat gebruik van voortplantingsmateriaal strikt genomen buiten het lichamelijk zelfbeschikkingsrecht valt, maar in de praktijk pleegt men met betrekking tot de eigen voortplanting toch te spreken in termen van een zelfbeschikkingsrecht, zoals alleen al uit de discussies over de toelaatbaarheid van abortus blijkt.

integriteitswaarden die de rechtsgemeenschap aan het menselijk lichaam verbindt? En op grond waarvan kan omgekeerd inbreuk worden gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht? Is het lichamenlijk zelfbeschikkingsrecht überhaupt als subjectief recht erkend in de Nederlandse rechtsorde, zoals de term suggereert, of is het slechts een beginsel?

In de volgende paragrafen wordt onderzocht of er terecht van een lichamenlijk zelfbeschikkingsrecht wordt gesproken in de rechtsdogmatiek. Als er op grond van het positieve recht reden is om een zelfbeschikkingsrecht aan te nemen, hoe ver strekt het dan daadwerkelijk? Voor een antwoord op deze vragen wordt allereerst gekeken naar de twee aanknopingspunten die Leenen zelf noemt voor het bestaan van het zelfbeschikkingsrecht:<sup>299</sup> de wettelijke regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst (3.1.2) en het grondwettelijk verankerde recht op onaantastbaarheid van het lichaam (3.1.3). Vervolgens wordt stil gestaan bij de opkomst van het zelfbeschikkingsrecht in de context van persoonlijkheidsrechten (3.1.4). De mogelijke beperkingen van lichamenlijke zelfbeschikking komen in de volgende paragraaf aan bod (3.1.5). Tot slot wordt de balans opgemaakt (3.1.6).

### 3.1.2 *Zelfbeschikking en informed consent*

Leenen geeft toe dat het zelfbeschikkingsrecht niet als zodanig is vastgelegd in het positieve recht. Maar als een belangrijke indicatie van de erkenning van het recht beschouwt hij de *Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst* (WGBO) uit 1995, die heeft geresulteerd in afdeling 5 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. In Leenens woorden: “De WGBO is een voorbeeld van de juridische concretisering van het recht van de patiënt op zelfbeschikking.”<sup>300</sup> Om die reden kan een verkenning van de principes van de WGBO leiden tot een beter begrip van de omvang en betekenis van Leenens zelfbeschikkingsrecht.

Tot de belangrijkste van de in de WGBO gepositieerde patiëntenrechten behoren het recht op informatie (artikel 7:448 BW) en het toestemmingsvereiste (artikel 7:450 BW). Dat wil zeggen, medische handelingen mogen slechts worden verricht voor zover de patiënt goed geïnformeerd zijn toestemming daartoe heeft gegeven. Het leidende beginsel van de WGBO is daarmee *informed consent*, zoals de vigerende term luidt waarmee beide vereisten van toestemming en informatie in hun onderlinge samenhang tot uitdrukking gebracht worden gebracht in recht en ethiek. De samenhang tussen beide patiëntenrechten is, simpel gezegd, dat over het algemeen slechts toestemming kan worden gegeven voor medische verrichtingen waarover men adequaat is geïnformeerd. Het vereiste van *informed consent* is ook in internationale regelgeving opgenomen, zoals artikel 5 VRMB,

<sup>299</sup> Leenen 2000, p. 39.

<sup>300</sup> Leenen 2000, p. 39.



artikel 3 lid 2 van het Handvest van de Grondrechten van de EU<sup>301</sup> en artikel 6 lid 1 van de Universal Declaration on Bioethics and Human Rights.<sup>302</sup>

Toestemming dient, in afwijking van een ‘normale’ overeenkomst, volgens de WGBO door de patiënt te worden gegeven in twee verschillende fasen. De eerste fase is de fase die eigen is aan elke overeenkomst, namelijk die van wilsovereenstemming. Voor het sluiten van de behandelingsovereenkomst is uiteraard toestemming van de patiënt, die immers in de meeste gevallen zelf de opdrachtgever is, een vereiste. Een belangrijk verschil met een gewone overeenkomst is dat in het verdere verloop, ofwel de uitvoering van de behandelingsovereenkomst, voor iedere medische verrichting weer om toestemming van de patiënt zal moeten worden gevraagd (artikel 7:450 BW lid 1<sup>303</sup>). Dit extra toestemmingsvereiste vindt haar achtergrond in de grondrechtelijke belangen die op het spel staan: het recht op privacy en het recht op lichamelijke integriteit. Zoals in de Memorie van Toelichting bij de WGBO staat geschreven:

“Uit het recht van de patiënt op eerbiediging van de lichamelijke en geestelijke integriteit vloeit voort dat de hulpverlener de toestemming van de patiënt behoeft alvorens hij overgaat tot het uitvoeren van een verrichting in het kader van een behandelingsovereenkomst.”<sup>304</sup>

Een van de doelen van de WGBO is “om een meer evenwichtige situatie in de hulpverlening te bewerkstelligen”.<sup>305</sup> De relatie tussen arts en patiënt wordt immers gekenmerkt door een sterk verschil in medische kennis. Dat kennisverschil vormt enerzijds juist de reden voor de patiënt om bij de arts aan te kloppen. Anderzijds is het gevaar groot dat de patiënt door zijn gebrek aan kennis niet goed in staat is beslissingen te nemen met betrekking tot zijn medische situatie. Door versterking van de positie van de patiënt wordt tot uitdrukking gebracht dat de patiënt niet slechts het lichamelijk object van de medische behandeling vormt, maar dat hij in dit proces ook als subject wordt gekend. Vooral de informatieplicht van de arts is bedoeld om de kenniskloof tussen arts en patiënt te verkleinen en op die manier de patiënt een stem in het medisch proces te geven. De vraag is echter tot welke hoogte informed consent een uitdrukking vormt van

301 Volgens dit artikel moet in het kader van de geneeskunde en de biologie onder meer in acht worden genomen “de vrije en geïnformeerde toestemming van de betrokkene, volgens de bij de wet bepaalde regels”.

302 “Any preventive, diagnostic and therapeutic medical intervention is only to be carried out with the prior, free and informed consent of the person concerned, based on adequate information. The consent should, where appropriate, be express and may be withdrawn by the person concerned at any time and for any reason without disadvantage or prejudice.”

303 “Voor verrichtingen ter uitvoering van een behandelingsovereenkomst is de toestemming van de patiënt vereist.”

304 *Kamerstukken II 1989/90*, 21 561, nr. 3, p. 12 (MvT).

305 Leenen 2000, p. 174.

het recht om zelf over het lichaam te beschikken. Wanneer men slechts vanuit het zelfbeschikkingsperspectief naar de geneeskundige behandelingsovereenkomst kijkt, gaat er een cruciaal aspect van de relatie tussen arts en patiënt verloren.

Zowel het essentiële belang dat door informed consent wordt beschermd, als de beperkingen van dit beginsel, kunnen worden geïllustreerd aan de hand van de context waarbinnen het beginsel van informed consent is opgekomen: de normering van medische experimenten met mensen. De Code van Neurenberg (1947) vormde het startschot voor de erkenning van informed consent als ethisch en juridisch beginsel.<sup>306</sup> Deze code maakte deel uit van de naoorlogse processen tegen nazi-artsen die betrokken waren bij onmenselijke experimenten, onder meer in het kader van de nazistische eugenetica, waaraan vele kampgevangenen werden onderworpen. In artikel 1 wordt vrijwillige toestemming als belangrijkste voorwaarde voor participatie aan medische experimenten genoemd:

“The voluntary consent of the human subject is absolutely essential. This means that the person involved should have legal capacity to give consent; should be so situated as to be able to exercise free power of choice, without the intervention of any element of force, fraud, deceit, duress, over-reaching, or other ulterior form of constraint or coercion; and should have sufficient knowledge and comprehension of the elements of the subject matter involved as to enable him to make an understanding and enlightened decision.”

In de Verklaring van Helsinki (1964), opgesteld door de World Medical Association als toetsingskader voor biomedische experimenten met mensen en sindsdien meerdermalen herzien, wordt deze lijn doorgetrokken. Ook in het Nederlandse wettelijke kader voor bescherming van medische proefpersonen, de *Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen* (WMO), geldt als belangrijkste vereiste de toestemming door de proefpersoon, op basis van duidelijke voorlichting over het doel, de aard, de duur en de risico's van het onderzoek (artikel 6 WMO). Daarnaast komt het vereiste van informed consent bij medisch onderzoek met mensen terug in verschillende mensenrechtenverdragen, bijvoorbeeld artikel 16 sub 5 VRMB<sup>307</sup> en artikel 7 lid 1 IVBPR.<sup>308</sup>

Het is duidelijk welke gedachte achter dit vereiste aan medische experimenten met mensen schuilt: bescherming van de proefpersoon tegen medische instru-

306 J. Rendtorff en P. Kemp, *Basic ethical principles in european bioethics and biolaw*. Vol. 1. *Autonomy, dignity, integrity and vulnerability*, Barcelona 2000, p. 28.

307 “Research on a person may only be undertaken if all the following conditions are met: [...] the necessary consent as provided for under Article 5 has been given expressly, specifically and is documented. Such consent may be freely withdrawn at any time.”

308 “Niemand mag worden onderworpen aan foltering, of aan wrede, onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing. In het bijzonder mag niemand, zonder zijn in vrijheid gegeven toestemming, worden onderworpen aan medische of wetenschappelijke experimenten.”

mentaliseren, tegen zijn objectivering tot louter wetenschappelijk testmateriaal. Ook al kunnen er grote wetenschappelijke belangen op het spel staan, wetenschappelijke vooruitgang mag niet ten koste van de rechten en waardigheid van het individu worden geboekt. Zoals de formulering van artikel 2 VRMB luidt: “The interests and welfare of the human being shall prevail over the sole interest of society or science.” Maar biedt het toestemmingsvereiste daartoe voldoende bescherming? Is ieder medisch experiment toelaatbaar, zo lang de proefpersoon zijn toestemming heeft gegeven?

Volgens de bestaande regelgeving is dat niet het geval. De procedurele voorwaarde dat de proefpersoon juist is voorgelicht en zijn toestemming heeft gegeven volstaat niet ter bescherming van de rechten van de proefpersoon. Ook als de proefpersoon zich willens en wetens aan vergaande risico's van een experiment blootstelt, dan nog zal het experiment al snel als ontoelaatbaar moeten worden opgevat. De reden is dat experimenten met mensen eveneens dienen te voldoen aan bepaalde inhoudelijke criteria, door Leenen “redelijkheidseisen” genoemd. Zo dient het redelijkerwijs aannemelijk te zijn dat het onderzoek leidt tot nieuwe inzichten op het gebied van de medische wetenschap (artikel 3 sub a WMO) die de maatschappij ten goede komen (artikel 1 Code van Neurenberg), dat het wordt uitgevoerd volgens wetenschappelijke methoden (artikel 11 Verklaring van Helsinki, artikel 3 sub d WMO), dat de risico's voor de proefpersoon in verhouding staan tot het belang van het onderzoek (artikel 6 Code van Neurenberg, artikel 18 Verklaring van Helsinki, artikel 3 sub c WMO), en dat de proefpersoon zich niet wegens financiële of andere omstandigheden gedwongen voelt toestemming te geven (artikel 23 Verklaring van Helsinki, artikel 3 sub f WMO, artikel 5 WMO). In de regel worden deze experimenten dan ook door speciale commissies getoetst. In Nederland mogen experimenten met mensen slechts worden uitgevoerd op basis van een onderzoeksprotocol, dat de goedkeuring van de Centrale Commissie Mensgebonden Onderzoek (CCMO) of een andere commissie heeft verkregen (artikel 2 WMO).

Kortom, toestemming van de proefpersoon vormt weliswaar een voorwaarde voor medisch onderzoek met mensen, maar volstaat niet ter legitimatie van het onderzoek. Het experiment dient eveneens te worden getoetst op inhoudelijke criteria, zoals wetenschappelijke en ethische eisen, die net als het toestemmingsvereiste dienen ter bescherming van het leven en de lichamelijke integriteit van de proefpersoon. Leenen spreekt van *complementaire* vereisten:

“Voor de beoordeling van de juridische toelaatbaarheid van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen zijn twee criteria van belang, namelijk de redelijkheid van het experiment en de toestemming. [...] De redelijkheid en billijkheid zijn complementair omdat enkel de redelijkheid het experiment niet geoorloofd maakt, aangezien steeds de toestemming van de proefpersoon moet zijn verkregen. Anderszins volstaat de toestemming van de proefpersoon niet omdat die een op zichzelf

ongoorloofd medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen niet geoorloofd kan maken.”<sup>309</sup>

De toestemming van de proefpersoon kan niet in de plaats treden van een autonome toetsing van deze experimenten aan ethische en wetenschappelijke criteria. De conclusie moet luiden dat de ratio van deze regelgeving niet zozeer het zelfbeschikkingsrecht van de proefpersoon is, als wel bescherming van het leven en de lichamelijke integriteit van de proefpersoon. Zowel de toetsing van de experimenten door commissies als het toestemmingsvereiste moeten voorkomen dat de proefpersoon wordt blootgesteld aan disproportionele en onnodige risico's voor de gezondheid, of in extreme gevallen zelfs aan mensonterende behandelingen. In de woorden van artikel 10 Verklaring van Helsinki: “It is the duty of the physician in medical research to protect the life, health, privacy, and dignity of the human subject.”

Een soortgelijke redenering geldt ten aanzien van de werking van het principe van informed consent in de wettelijke regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Zoals gezegd is de reden dat voor de geneeskundige behandelingsovereenkomst in vergelijking met gewone contracten een extra toestemmingsvereiste en een informatieplicht gelden, dat de lichamelijke integriteit van de patiënt in het geding is. Zonder toestemming van de betrokkene zou er, buiten gevallen van wilsonbekwaamheid of andere uitzonderlijke gevallen, sprake van mishandeling zijn.

Maar is diens toestemming op zichzelf gezien reeds voldoende reden voor een arts om een ingreep aan het lichaam te verrichten? In wezen is er in het geval van bijvoorbeeld een operatie sprake van een conflict van belangen: enerzijds is het de plicht van de arts om de gezondheid van zijn patiënt te bewaken, anderzijds heeft de patiënt recht op respect voor zijn lichamelijke integriteit. Toch wordt een dergelijke, medische ingreep in de regel niet als mishandeling beschouwd. Is het nu de toestemming van de patiënt die aan deze inbreuk op de lichamelijke integriteit het strafbare karakter ontnemt?

Ook hier is de toestemming van de patiënt niet doorslaggevend. Toestemming van de patiënt is een vereiste, een *sine qua non* voor medisch ingrijpen. Deze toestemming is echter op zichzelf onvoldoende grond voor een medische ingreep. Daartoe is eveneens vereist dat de aantasting van de lichamelijke integriteit noodzakelijk is in het licht van de medische beroepsstandaard. Zoals Den Hartogh schrijft: “Voor een ingrijpende medische handeling is het niet genoeg dat de patiënt er om vraagt, er moet ook een goede reden voor zijn.”<sup>310</sup> Anders gezegd, toestemming van de patiënt kan de arts niet ontslaan van zijn plicht om

309 Leenen 2002, p. 250-251.

310 G.A. den Hartogh (2003a), “Het Europese Hof over hulp bij suïcide”, *Ars Aequi* jrg. 52 (2003), p. 98.

te handelen in overeenstemming met zijn beroepsmoraal. In de WGBO worden dan ook naast informed consent de beroepsverplichtingen van de arts benadrukt. Volgens de WGBO dienen de arts en andere medische hulpverleners de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen en daarbij in overeenstemming te handelen met de op hen rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard (artikel 7:453 BW). Ook hier is dus sprake van complementaire vereisten: een inbreuk op de lichamelijke integriteit van de patiënt is alleen toegestaan wanneer de patiënt instemt met de ingreep, én de ingreep is ingegeven door de medisch-professionele standaard.

“Afwijken van de medisch-professionele standaard kan niet worden gerechtvaardigd door de toestemming van de patiënt. De toestemming van de patiënt maakt een niet-professionele handeling niet medisch-professioneel.”<sup>311</sup>

Dat alleen toestemming niet volstaat ter rechtvaardiging van medisch ongerechtvaardigde ingrepen aan het lichaam door de arts, blijkt ook uit de strafbaarheid van dergelijke ingrepen:

“De instemming van de patiënt is in beginsel een noodzakelijke, doch geen voldoende voorwaarde om het medisch handelen te verantwoorden. [...] Heelkundige ingrepen zijn an sich vrijwillige slagen en verwondingen in de zin van [...] het Strafwetboek. De instemming van de patiënt volstaat niet voor de straffeloosheid van de geneesheer. Het is de wetgeving over de organisatie van het medisch beroep, die medisch handelen, onder bepaalde voorwaarden, impliciet toelaat en zelfs oplegt, die voor de straffeloosheid zorgt. De strafrechtelijke immuniteit voor de geneesheer is dan het gevolg van de noodtoestand waarin deze verkeert: hij kan immers niet tegelijkertijd voor de gezondheid van de patiënt instaan – zijn wettelijke plicht – en toch diens lichamelijke integriteit aanvaarden.”<sup>312</sup>

De eisen die door de beroepsmoraal aan de arts worden gesteld en het vereiste van instemming van de patiënt garanderen tezamen dat er voorzichtig wordt omgesprongen met de lichamelijke integriteit van de patiënt. Slechts ingrepen waarvoor een medische indicatie bestaat zijn toegestaan. Deze medische ingrepen kan de patiënt vervolgens wel weigeren in het kader van het toestemmingsvereiste.

De betekenis van zelfbeschikking in de geneeskundige behandelingsovereenkomst is om die reden beperkt. Het *beginsel* van zelfbeschikking is via het vereiste van informed consent werkzaam in de relatie tussen arts en patiënt. Dit beginsel

---

311 Leenen 2002, p. 36.

312 J. Velaers (1996b), “Het menselijk lichaam en de grondrechten”, in: J. Velaers (red.) *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen: Maklu 1996, p. 195-196.

wordt echter gerelativeerd door de eisen die de medische beroepsmoraal aan de arts stelt, en staat daarom ver af van een werkelijk *recht* op lichamelijke zelfbeschikking. Informed consent omvat het recht om goed te worden geïnformeerd over een medische behandeling, en deze behandeling al dan niet te weigeren. Wat het niet omvat is een recht om een behandeling te claimen (claimrecht), noch geeft toestemming de arts het recht om ongestraft ingrepen aan het lichaam te verrichten die tegen zijn beroepsmoraal ingaan.

Kortom, hoewel ingrepen aan het lichaam zonder toestemming van de betrokkene, behoudens uitzonderingsgevallen, in strijd zijn met het recht op lichamelijke integriteit, gaat het omgekeerde niet op: wezenlijke aantastingen van de lichamelijke integriteit kunnen volgens het geldende recht niet enkel op grond van de toestemming van de patiënt worden gerechtvaardigd. Voor bijvoorbeeld een operatie zal alleen toestemming van de patiënt niet kunnen volstaan. Om een veel gebruikt maar duidelijk voorbeeld te geven, een arts kan geen amputatie verrichten met uitsluitend als reden dat de patiënt erom vroeg. Hij zal daarnaast altijd moeten kunnen verwijzen naar een medische noodzaak voor die amputatie.<sup>313</sup> Bepaalde handelingen met het lichaam staat het recht weliswaar ook zonder medische indicatie toe, zoals tatoeages of piercings. Deze handelingen maken echter deel uit van een “randgebied” waarop het beginsel van *volenti non fit iniuria* wel van toepassing is, zoals Den Hartogh schrijft.<sup>314</sup> Uit de afwezigheid van juridische bemoeienis kan bovendien niet het positieve gegeven van een recht op zelfbeschikking worden afgeleid.

Op die manier wordt binnen de geneeskundige behandelingsovereenkomst de bescherming van het lichaam niet geheel overgelaten aan de zelfbeschikkende patiënt, maar blijft men ook los van de mening van de patiënt vasthouden aan de beschermwaardigheid van het lichaam, die door de medische professionele standaard moet worden gewaarborgd. In breder opzicht kan men stellen dat reeds in het gegeven dat bij kwesties als abortus, euthanasie en transseksualiteit de ingrepen aan het lichaam slechts mogen worden verricht in een medische context door een medisch bevoegde persoon, een inperking van de reële ruimte voor zelfbeschikking ligt besloten. In 3.1.5 kom ik terug op deze inperkingen.

### 3.1.3 Zelfbeschikking en het recht op lichamelijke integriteit

Als tweede belangrijkste aanknopingspunt voor de juridische erkenning van het zelfbeschikkingsrecht beschouwt Leenen het grondrechtelijk systeem: “De over-

313 Zie onder meer G.A. den Hartogh, “Recht op de dood? Zelfbeschikking en barmhartigheid als rechtvaardigingsgronden voor euthanasie”, *Recht en kritiek* 22 (1996) 2, p. 154; F.P. Ölçer, “Waardigheid in het strafrecht: de vrijheid om vreemd te zijn”, in: R.H. Haveman en K. Boonen, *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 74; A.C. Hendriks, *In beginsel. De gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept* (oratie Leiden), NJCM-Boekerij: Leiden 2006, p. 34-35.

314 Den Hartogh 2003b, p. 50.

heid moet het zelfbeschikkingsrecht van de burger beschermen. Zij doet dat via de individuele grondrechten van het individu, waaraan het zelfbeschikkingsrecht ten grondslag ligt.”<sup>315</sup> Ofwel, het grondrechtelijk systeem vormt zijns inziens een manifestatie van het zelfbeschikkingsrecht. Zijn gedachtegang lijkt te zijn dat alle grondrechten individuele *vrijheden* behelzen en zich daarmee niet tegen het individu kunnen keren.<sup>316</sup> Met name artikel 11 Gw beschouwt Leenen als de grondrechtelijke positivering van het zelfbeschikkingsrecht. Aangezien artikel 11 Gw een klassiek grondrecht is, moet volgens Leenen ook het zelfbeschikkingsrecht als een individueel vrijheidsrecht, en niet als een claimrecht (in de zin van sociaal recht) worden opgevat. “Zelfbeschikking is beschikken over jezelf en niet over maatschappelijke goederen en diensten.”<sup>317</sup>

Toch kan van een aantal grondrechten worden betwijfeld of zij wel vrijheidsrechten in de strikte zin van het woord zijn. Ten aanzien van het recht op leven, het recht op lichamelijke integriteit en het verbod op slavernij wordt wel betoogd dat zij niet zozeer een vrijheid van handelen beschermen, als wel een voorgegeven en zelfs aan de individuele handelingsvrijheid onttrokken rechtsgoed. Als dat waar is, dan omvatten deze rechten niet de vrijheid om te sterven, om de lichamelijke integriteit aan te tasten of om zichzelf als slaaf te verkopen. Anders gezegd, in dat geval berusten deze rechten niet op een beschikkingsvrijheid. Een bepaalde mate van paternalisme of moralisme is vanuit deze optiek niet strijdig met het recht op lichamelijke integriteit of het recht op leven. Op het recht op leven zal ik in het kader van het EVRM ingaan (3.3), aangezien dit recht niet in de Nederlandse Grondwet is opgenomen. In het hiernavolgende zal ik me daarentegen richten op de betekenis en reikwijdte van het recht op lichamelijke integriteit. De totstandkomingsgeschiedenis van artikel 11 Gw vormt daarbij een geschikte uitvalsbasis (3.1.3.1). Vervolgens wordt nader ingegaan op de vraag in hoeverre de inhoud van grondrechten wordt bepaald of beïnvloed door de visie die het rechtssubject er over zijn eigen grondrecht op nahoudt (3.1.3.2). Tot slot wordt gekeken naar de jurisprudentie over artikel 11 Gw (3.1.3.3).

### 3.1.3.1 *Het recht op onaantastbaarheid van het lichaam (artikel 11 Gw)*

In tegenstelling tot bijvoorbeeld het EVRM, waarin het recht op lichamelijke integriteit slechts als onderdeel van het recht op privacy<sup>318</sup> en van het martelverbod wordt erkend, kent de Grondwet sinds 1983 een apart artikel voor de bescherming van lijf en leden: *Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van het lichaam* (artikel 11 Gw). Tijdens de grondwetsherziening werd de onaantastbaarheid van het lichaam aanvankelijk geacht vol-

315 Leenen 2000, p. 35.

316 “Grondrechten werken niet tegen het betrokken individu zelf” (Leenen 2000, p. 38).

317 Leenen 2000, p. 33.

318 Zie EHRM 26 maart 1985, NJ 1985, 525, m.nt. EAA (*X en Y t. Nederland*).

doende beschermd te worden door het recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.<sup>319</sup> Dankzij een amendement van VVD-kamerlid Kappeyne van de Coppello kreeg het uiteindelijk toch een *status aparte* in de grondwet. De gedachte achter een zelfstandige positivering van het recht was om, hoewel het recht volgens de regering wel degelijk behoort tot het recht op de persoonlijke levenssfeer, op die manier “onzekerheid over de grondwettelijke bescherming van dit recht op te heffen”.<sup>320</sup>

Reeds ten tijde van de totstandkoming heerste er onduidelijkheid rondom artikel 11 Gw, die tot op de dag van vandaag voortbestaat. Uit de formulering *onaantastbaarheid van het lichaam* kunnen we indirect de noviteit van dit grondrecht voor de Nederlandse rechtsorde afleiden. Ten tijde van de introductie van het grondrecht was er op dit terrein nauwelijks jurisprudentie of rechtstheoretische reflectie van eigen bodem, zodat de grondwetgever zich genoodzaakt zag ter inspiratie uit te wijken naar de rechtsdogmatiek en jurisprudentie van onze oosterburen.<sup>321</sup> Behalve het fluorideringsarrest,<sup>322</sup> dat voor Kappeyne van de Coppello een van de voornaamste aanleidingen was voor haar wetsvoorstel, blijft de Nederlandse jurisprudentie van voor die tijd over het onderwerp beperkt tot een handvol uitspraken.<sup>323</sup> Vanuit dit gezichtspunt is het verklaarbaar dat artikel 11 Gw een vertaling lijkt van de Duitse formulering van het recht, namelijk het in artikel 2 II GG vastgelegde *Recht auf körperliche Unversehrtheit*.<sup>324</sup>

Wat de betekenis van de onaantastbaarheid van het lichaam betreft, staat buiten twijfel dat artikel 11 Gw zich op de bescherming van de lichamelijke integriteit richt. Die bescherming van de lichamelijke integriteit strekt zelfs tot na de dood, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis. Op deze postmortale werking van artikel 11 Gw, en de status van het lijk in het Nederlandse recht, wordt in 8.2.3 dieper ingegaan.

De notie *lichamelijke integriteit* is evenwel voor meerdere uitleg vatbaar. Zoals we in hoofdstuk 1 reeds zagen, kan er een onderscheid worden gemaakt tussen persoonsgerichte en lichaamsgerichte benaderingen van lichamelijke integriteit.<sup>325</sup> Binnen een persoonsgerichte benadering hangt lichamelijke integriteit

319 *Handelingen II* 1976/77, 13 872, nr. 11, p. 1.

320 *Handelingen II* 1979/80, 16 086, nr. 8, p. 1-2.

321 *Handelingen II* 1978/79, 15 463, nr. 2, p. 4.

322 HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386 (*Fluoridering*).

323 Voor een overzicht van deze uitspraken, zie A. Kors, “Recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam”, *NCJM-bull.* 1981, p. 106-115.

324 Kors 1981, p. 107.

325 Zwart en Hoffer hebben een soortgelijk onderscheid op het oog wanneer zij een onderscheid maken tussen lichamelijke integriteit vanuit de liberale en de christelijke traditie. Hier wordt deze benaming niet overgenomen omdat beide interpretaties strikt genomen niet beperkt zijn tot het liberalisme en het christendom, zoals beide auteurs overigens ook erkennen (H. Zwart en C. Hoffer, *Orgaandonatie en lichamelijke integriteit. Een analyse van christelijke, liberale en islamitische interpretaties*, Best: Damon 1998, hoofdstuk 4).



samen met de waarde die het individu aan zijn eigen lichaam hecht. Lichaamsgerichte benaderingen vooronderstellen daarentegen dat het lichaam een eigen morele betekenis heeft die onafhankelijk is van de feitelijke, persoonlijke beleving van het lichaam. De gedachte is “dat het lichaam een eigen waardigheid of onaantastbaarheid heeft die *door de persoon zelf* in acht moet worden genomen”, zo formuleren Zwart en Hoffer het.<sup>326</sup> Een dergelijke benadering bouwt voort op een vrij letterlijke interpretatie van lichamelijke integriteit, namelijk integriteit in de zin van heilheid, intactheid of onschendbaarheid. In hun onderzoek naar de betekenis van lichamelijke integriteit maken Dekkers, Hoffer en Wils binnen deze lichaamsgerichte interpretatie vervolgens weer onderscheid tussen drie lezingen van integriteit: biologische, psychologische<sup>327</sup> en normatieve heilheid.<sup>328</sup> De resulterende ambiguïteit rondom het begrip lichamelijke integriteit werkt door in de interpretatie van artikel 11 Gw.

Wanneer we een blik op de parlementaire geschiedenis van artikel 11 Gw werpen, blijkt dat de grondwetgever aanvankelijk de externe werking van het recht op lichamelijke integriteit benadrukt. De regering stelt in een begeleidende brief aan de Kamer, waarnaar in de MvT verwezen wordt, dat “het bij het recht op onaantastbaarheid van het lichaam gaat om het recht op *afweer* van invloeden van buitenaf op het lichaam”. Het rechtssubject dient volgens deze negatieve lezing te worden gevrijwaard van ongewilde bemoeienis met zijn lichaam. Met andere woorden, hij heeft jegens derden recht op een ongeschonden lichaam. Tot zover is het duidelijk. De regering vervolgt echter haar betoog:

“Het recht op onaantastbaarheid van het lichaam betreft, aldus opgevat, twee terreinen:

- het recht te worden gevrijwaard van schendingen van en inbreuken op het lichaam door anderen;
- het recht zelf over het lichaam te beschikken.”<sup>329</sup>

Met deze laatste component krijgt het recht plotseling een geheel nieuwe dimensie erbij. Het wordt opgerekt van een weinig opzienbarende *negatief* recht op afweer tot een *positief* recht op lichamelijke zelfbeschikking, van een schildrecht tot een recht op handelingsvrijheid. Een uitbreiding waarvan de regering niet geheel de strekking lijkt te beseffen, of die zij in ieder geval niet nader wil duiden.

326 Zwart en Hoffer 1998, p. 77.

327 “Het subjectieve, psychologische perspectief betreft de vraag in hoeverre de persoon in kwestie zichzelf of zijn lichaam als een eenheid of heilheid ervaart” (Dekkers, Hoffer en Wils 2006, p. 170). Als voorbeeld van een afwijkend psychologisch perspectief op lichamelijke integriteit noemen Dekkers, Hoffer en Wils patiënten in wiens ogen een bepaald lichaamsdeel niet bij hun lichaam hoort, en dat zij daarom willen laten amputeren. In 3.3 kom ik op dit voorbeeld terug.

328 W. Dekkers, C. Hoffer en J.-P. Wils, *Besnijdenis, lichamelijke integriteit en multiculturalisme. Een empirische en normatief-ethische studie*, Budel: Damon 2006, p. 167 e.v.

329 *Handelingen II* 1978/79, 15 463, nr. 2, p. 5.

Op kamervragen over de implicaties van de zelfbeschikkingscomponent van artikel 11 Gw voor controversiële vraagstukken als euthanasie en abortus, wordt ontwijkend geantwoord. De regering beaamt weliswaar dat er een verband bestaat tussen het grondrecht en deze vraagstukken, maar “steeds zal van geval tot geval de wetgever moeten beoordelen of een bepaalde inbreuk op het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam mogelijk moet worden gemaakt. In abstracto valt hieromtrent geen algemeen oordeel te geven”.<sup>330</sup> De verantwoordelijkheid over het toepassingsgebied van artikel 11 Gw wordt, kortom, afgeschoven op de wetgever, nu de regering niet in de eerste plaats uiteen heeft gezet hoever het geponeerde recht op zelfbeschikking strekt.

Het spreekt voor zich dat het zelfbeschikkingsrecht inderdaad niet absoluut is, want de formele wetgever kan er blijkens de beperkingsclausule van het grondrecht beperkingen aan stellen, en die taak zelfs delegeren aan lagere wetgevers. Maar om een beperking te kunnen stellen zal toch eerst duidelijk moeten zijn wat er beperkt wordt. Met andere woorden, wat is de reikwijdte van “het recht zelf over het lichaam te beschikken”? En in hoeverre heeft het individu ter verwezenlijking van die zelfbeschikking recht op hulp van anderen? Aan deze vragen durft de regering haar vingers niet te branden: “in abstracto valt hieromtrent geen algemeen oordeel te geven”.

*In concreto* komt de regering wel met een opsomming van elementen die in ieder geval als een inbreuk op het recht beschouwd moeten worden,<sup>331</sup> maar dat getuigt niet bepaald van een doorwrochte wetssystematiek. Zoals Luc Verhey concludeert naar aanleiding van de wetsgeschiedenis: “Het stond eigenlijk van tevoren wel vast dat artikel 11 voor de oplossing van deze controversiële vraagstukken geen duidelijk richtsnoer zou bieden.”<sup>332</sup> Weliswaar hebben we inmiddels onder andere een *Wet afbreking zwangerschap* en een *Wet toetsing levensbeëindiging*, en zijn er wat dat betreft grenzen gecreëerd op dit vlak, maar nog weten we niet exact wat de verhouding tussen deze wetten en artikel 11 Gw is. Een onduidelijkheid die extra wringt gezien het feit dat de regering de visie van de grondwetgever op de zelfbeschikkingscomponent van artikel 11 Gw nog altijd hanteert.<sup>333</sup> Op die manier blijft de vraag bestaan wat de omtrekken van het recht op lichamelijke

330 *Handelingen II* 1979/80, 16 086, nr. 8, p. 6-7.

331 “Foltering, lijfstraffen, lichamelijke en geestelijke mishandeling, gedwongen medische experimenten, toedienen van electroshocks aan psychisch gestoorde, gedwongen behandeling van lijdende aan venerische ziekten, gedwongen toediening van voedsel tijdens een hongerstaking, toedienen van waarheidsserum aan verdachten, leegpompen van de maag, encefalografie, bloedafname, inenting, röntgenologisch onderzoek, verwondingen, operaties, behandeling door een arts, knippen van de haren” (*Handelingen II* 1978/79, 15 463, nr. 2, p. 4). In de MvT wordt naar deze opsomming uit de nota verwezen, zie *Handelingen II* 1979/80, 16 068, nr. 3, p. 6-7.

332 L.F.M. Verhey, “Privacy en lichamelijke integriteit: op zoek naar evenwicht”, in: J. Ten Berge, P. Van Buuren, H. Kummeling en B. Vermeulen (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg* (Burkens-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 160.

333 Zie bijv. de MvT bij de Embryowet (*Handelingen II* 2000/01, 27 423, nr. 3, p. 18).

integriteit of zelfbeschikking precies zijn, een vraag die zich dringend laat stellen in de gevallen waarover de formele wetgever zich nog niet heeft uitgesproken. Heeft een ieder volgens artikel 11 Gw in de gevallen waarover nadere regulering ontbreekt, gewoonweg het recht te doen met zijn lichaam waar hij zin in heeft? Anders gezegd, in hoeverre wordt het zelfbeschikkingsrecht door artikel 11 Gw belichaamd?

### 3.1.3.2 *Afweer- of beschikkingsrecht?*

Leenens visie op de zelfbeschikkingscomponent van artikel 11 Gw laat zich raden. Niet alleen is hij, zoals reeds gezegd, van mening dat het zelfbeschikkingsrecht aan de basis van alle individuele grondrechten staat<sup>334</sup>, maar ook ziet hij in artikel 11 Gw bij uitstek het bewijs van zijn stelling. Dat het artikel een positivering is van het zelfbeschikkingsrecht blijkt volgens hem ontegenzeggelijk uit de Kamerhandelingen.<sup>335</sup> Hij verwijst daarbij naar dezelfde tweeledige beschrijving van het artikel uit de parlementaire stukken als boven werd aangehaald. Daarmee heeft hij een sterk argument voor erkenning van het zelfbeschikkingsrecht. Het recht op lichamelijke integriteit is in die opvatting niet slechts een afweerrecht, maar beschermt een subjectieve handelingsvrijheid, op grond waarvan men in uiterste gevallen zelfs afstand kan doen van de lichamelijke integriteit.

Van Buijsen krijgt hij op dit punt onverwachte bijval. Hoewel Buijsen en Leenen sterk van mening verschillen over de implicaties van het recht op leven van artikel 2 EVRM voor de regulering van euthanasie,<sup>336</sup> ziet ook Buijsen het recht op lichamelijke integriteit als vervreemdbaar:

“Het zelfbeschikkingsrecht vormt onmiskenbaar een belangrijke component van de menselijke waardigheid maar het is er niet identiek aan. Hoe komt het verschil tussen beide beginselen in het EVRM tot uitdrukking? Heel eenvoudig, in de onvervreemdbaarheid van het recht op leven. Van de overige mensenrechten kan men afstand doen, van het recht op leven niet [...]. Stemt een individu in met een inbreuk op zijn lichamelijke integriteit, dan levert dat evenmin een schending op van het toepasselijke mensenrecht.”<sup>337</sup>

Met andere woorden, volgens Buijsen beschermt het recht op lichamelijke integriteit ook de vrijheid om de eigen lichamelijke integriteit aan te tasten. Het

<sup>334</sup> Leenen 2000, p. 35.

<sup>335</sup> Leenen 2000, p. 39.

<sup>336</sup> Zie M.A.J.M. Buijsen (2002a), “De betekenis van *Pretty v. Verenigd Koninkrijk* voor de Nederlandse euthanasiepraktijk”, *NJB* 2002 afl. 24; en Leenens reactie op dit artikel: H.J.J. Leenen, “*Pretty vs Verenigd Koninkrijk*”, *NJB*, 2002 afl. 38, p. 1899-1900. Over de betekenis van art. 2 EVRM in verband met het recht op hulp bij zelfdoding, meer in 3.3.

<sup>337</sup> M.A.J.M. Buijsen (2002b), “Geen recht op een zachte dood”, *Medisch Contact*, jrg. 57 nr. 32/33 9 augustus 2002.

rechtsgoed in kwestie is niet de lichamelijke integriteit als voorgegeven belang, maar een beschikkingsvrijheid ten aanzien van het eigen lichaam.

Den Hartogh betwist Buijsens en Leenens interpretatie van het recht op lichamelijke integriteit. Dat doet hij door te wijzen op de beperkte werking van het beginsel *volenti non fit iniuria* (een handeling kan niet onrechtvaardig zijn jegens degene die instemt met die handeling) voor een aantal grondrechten:

“In alle Europese rechtssystemen wordt [het Volenti-principe] voor de drie fundamentele mensenrechten, het recht op leven, op lichamelijke integriteit en op vrijheid, verworpen of op z'n minst sterk beperkt. [Zo] wordt de gelding van het principe, anders dan Buijsen beweert, krachtens ongeschreven recht ook sterk beperkt voor het recht op lichamelijke integriteit. Dit wordt onderstreept door de medische beroepsmoraal, zoals die ook in de WGBO een juridische uitdrukking heeft gekregen. Voor een ingrijpende medische handeling is het niet genoeg dat de patiënt er om vraagt, er moet ook een goede reden voor zijn.”<sup>338</sup>

In een ander artikel spreekt Den Hartogh daarom van de onvervreemdbaarheid van het recht op lichamelijke integriteit,<sup>339</sup> en plaatst zich daarmee tegenover Buijsen. Overigens is de discussie over de al dan niet vervreemdbaarheid van het recht op lichamelijke integriteit vanuit grondrechtelijk perspectief bezien verwarrend. Grondrechten zijn volgens de ratio van de Grondwet immers onlosmakelijk verbonden met de persoonlijkheid, en daarmee per definitie onvervreemdbaar. Op zijn hoogst kunnen de goederen die deze onvervreemdbare rechten beschermen wel of niet vervreemdbaar zijn. Een betere vraag zou dus zijn of het rechts-subject afstand kan doen van de aanspraken die hij aan het grondrecht ontleent, in dit geval de lichamelijke integriteit.

Van een groot aantal grondrechten wordt nauwelijks betwist dat zij deze negatieve component bevatten. Zo is men het er in het algemeen over eens dat het recht op vrijheid van godsdienst of op vrijheid van vereniging ook een recht op het spiegelbeeld van deze rechten omvat, namelijk het recht om niet godsdienstig te zijn of om zich niet bij een vereniging aan te sluiten.<sup>340</sup> Maar zodra we op het terrein van

338 Den Hartogh 2003a, p. 97-98.

339 Den Hartogh 1996, p. 154.

340 Zo stelt het EHRM in het *Kokkinakis*-arrest (EHRM 25 mei 1993), r.o. 31: “As enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a ‘democratic society’ within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it.” Wat de vrijheid van vereniging betreft, zie het EHRM in de *Pretty*-zaak (EHRM 29 april 2002, NJ 2004, 543), r.o. 39: “in the context of Article 11 of the Convention, the freedom of association was found to involve not only a right to join an association but a corresponding right not to be

menselijke waardigheid, lichamelijke integriteit en het recht op leven komen, zijn de meningen verdeeld. Het vraagstuk is van belang om te bepalen of het recht op lichamelijke integriteit werkelijk een zelfbeschikkingsrecht vooronderstelt. Een lichamelijk zelfbeschikkingsrecht zou immers ook de vrijheid beschermen afstand te doen van de lichamelijke integriteit. Aangezien de negatieve component volgens Den Hartogh ontbreekt, concludeert hij dat

“het recht op lichamelijke integriteit [...] – anders dan Leenen of Kappeyne van de Coppello meenden – niet opgevat kan worden als een specificatie van het zelfbeschikkingsrecht. Wat primair beschermd wordt, is het belang van de betrokkene bij zijn lichamelijke integriteit, niet zijn belang om over dat domein ongehinderd zijn beslissingen te mogen nemen”.<sup>341</sup>

Anders gezegd, Den Hartogh vat het recht op lichamelijk integriteit op als de bescherming van een belang, en niet als een beslissings- of beschikkingsbevoegdheid.<sup>342</sup>

De Belgische hoogleraar constitutioneel recht Velaers is dezelfde mening toegedaan. Het recht op lichamelijke integriteit is volgens hem in wezen geen vrijheidsrecht. In een uitgebreide analyse van de status van het menselijk lichaam vanuit grondrechtelijk perspectief, komt hij tot het volgende oordeel over de betekenis van artikel 11 Gw:

“In Nederland wordt het zelfbeschikkingsrecht over het eigen lichaam soms wel geconstrueerd als een uitvloeisel van het recht op lichamelijke integriteit dat in artikel 11 van de Nederlandse Grondwet wordt gewaarborgd. Daartoe worden argumenten aangevoerd uit de parlementaire voorbereiding, die specifiek zijn voor de interpretatie van de Nederlandse grondwettekst. In het algemeen leert de Hohfeldiaanse analyse van het begrip ‘recht’ ons echter dat men de verschillende betekenissen van dat begrip niet mag door mekaar halen. Het recht op lichamelijke integriteit is in wezen een afweerrecht. Het houdt an sich niet het recht in om zelf die integriteit te schenden (vrijheidsrecht) of om anderen toe te laten die te schenden (privilegie). Het waarborgt de ‘onschendbaarheid van het lichaam’ en niet precies het tegenovergestelde, de ‘schendbaarheid’ ervan, zelfs niet door of met instemming van de betrokkene.”<sup>343</sup>

Ook andere rechtswetenschappelijke auteurs zijn niet zo stellig over de absolute gelding van het zelfbeschikkingsprincipe voor het recht op lichamelijke integriteit. Zo is Visser 't Hooft van mening dat “het zelfbeschikkingsrecht onder de

---

forced to join an association, the Court observes that the notion of a freedom implies some measure of choice as to its exercise.”

341 Den Hartogh 2003b, p. 52.

342 Den Hartogh 2003b, p. 53.

343 Velaers 1996b, p. 157.

eigen vlag dient te varen”, en niet uit de bestaande grondrechten als het recht op privacy en de onaantastbaarheid van het lichaam kan worden afgeleid. Volgens hem heeft laatstgenoemd recht enkel een “Abwehr-functie”, en ziet het dus slechts op handelen van *anderen*. Zo bezien normeert artikel 11 Gw *zelfgericht* handelen niet, laat staan dat er een lichamelijk zelfbeschikkingsrecht uit af te leiden is.<sup>344</sup> Engberts is er eveneens duidelijk over dat er geen zelfbeschikkingsrecht verankerd ligt in het grondrecht:

“De belangen die worden verwoord in de artt. 10 en 11 Gw zijn van cruciaal belang voor de kwaliteit van het bestaan als burger, maar zijn op zichzelf geen manifestaties van een rechtsbeginsel zelfbeschikking. Weliswaar kan het wijsgerige begrip autonomie individuele personen hebben geïnspireerd en gemotiveerd bij het proces van wetgeving dat tot de artt. 10 en 11 Gw heeft geleid, maar daarmee is autonomie of zelfbeschikking nog niet getransformeerd tot een rechtsbeginsel dat zich in deze grondwetsartikelen manifesteert.”<sup>345</sup>

Voor Verhey staat voorop dat onduidelijkheid overheerst ten aanzien van de reikwijdte van het Nederlandse recht op lichamelijke integriteit. Hij wijst erop dat “diepgaande meningsverschillen van ethische, godsdienstige en levensbeschouwelijke aard” daaraan hebben bijgedragen. Alleen over het toestemmingsvereiste binnen het gezondheidsrecht als consequentie van het zelfbeschikkingsaspect van artikel 11 Gw is hij zeker.<sup>346</sup>

Op hun beurt koesteren Van der Burg en Oevermans bezwaren tegen “de doorgeschoten grondrechtenoriëntatie” die de zelfbeschikkingsleer kenmerkt. Zo betwijfelen zij of het zelfbeschikkingsrecht aan de basis van alle grondrechten staat, in het bijzonder het recht op lichamelijke integriteit. Het is volgens hen onjuist om dit recht:

“puur als een uitvloeisel van het zelfbeschikkingsrecht te zien, omdat het blijkbaar ook los van deze pijler een zelfstandige betekenis heeft. Dit roept de vraag op of het zelfbeschikkingsrecht ook niet in andere gevallen ten onrechte wordt gezien als de grondslag voor de grondwettelijke rechten en daarmee als bepalend bij de interpretatie van die rechten.”<sup>347</sup>

Zoals Van der Burg en Oevermans in dit citaat aan de orde stellen, raakt het zelfbeschikkingsrecht inderdaad aan het vraagstuk van de interpretatie van grondrechten. Men zou kunnen stellen dat in de discussie over de betekenis van het

344 Visser 't Hooft 1986, p. 388-391.

345 Engberts 1997, p. 265.

346 Verhey 1995, p. 160-161.

347 W. van der Burg en H. Oevermans, “Grondrechten in de gezondheidszorg. Beperkingen van de gangbare grondslagenbenadering”, in: W. van der Burg en P. Ippel (red.), *De Siamese tweeling. Recht en moraal in de biomedische praktijk*, Assen 1994, p. 190.

recht op lichamelijke integriteit op een dieper niveau de vraag speelt in hoeverre de visie van het rechtssubject op zijn eigen grondrecht dient mee te wegen bij het bepalen van de reikwijdte van het grondrecht. Anders gezegd, “in hoeverre moet de rechter bij de vaststelling van de reikwijdte van grondrechten acht slaan op subjectieve interpretatie van degene die zich op een grondrecht beroept of een beroep op een grondrecht juist afwijst?”<sup>348</sup> Dit is de vraag die Vermeulen centraal stelt in zijn preadvies voor de Vereniging voor Wijsbegeerte van het recht. Hij illustreert de materie aan de hand van een Franse rechtzaak over dwergwerpen, die in paragraaf 3.2.4 wordt behandeld, maar andere voorbeelden zoals kooivechten, sadomasochisme en prostitutie waren eveneens mogelijk geweest. Zijn deze handelingen in strijd met de menselijke waardigheid, ook als degene die men met een beroep op de menselijke waardigheid tracht te beschermen volledig instemt met de handeling in kwestie? Daarmee snijdt Vermeulen een kwestie aan die van cruciale betekenis is voor dit onderzoek. Kunnen de keuzen die iemand maakt met betrekking tot zijn eigen lijf en leden worden genegeerd wanneer zij mogelijkerwijs strijd opleveren met de menselijke waardigheid? Is menselijke waardigheid een vooraf bepaalde gemeenschapswaarde die de wetgever aan het rechtssubject oplegt? Of dient de rechter bij zijn uitleg van het grondrecht ruimte te laten voor de visie van het rechtssubject in kwestie? In de komende hoofdstukken zal deze vraag in verschillende vormen terugkeren.

Vermeulen constateert een ontwikkeling waarbij de rechter in zijn oordeel steeds meer belang hecht aan de subjectieve interpretatie en beleving van grondrechten. Naarmate moraal steeds verder wordt geprivatiseerd, en de Nederlandse rechtsorde in toenemende mate uitgaat van een open mensbeeld, moet men, aldus Vermeulen, juist bij de inkleuring van grondrechten meer rekening gaan houden met de persoonlijke opvattingen van het rechtssubject zelf.<sup>349</sup> Op die manier wordt erkend dat een ieder op andere wijze invulling aan zijn leven geeft. In zijn woorden:

“Een louter op ‘objectieve’ criteria gebaseerde bepaling van de ‘omvang’ van genoemde grondrechtsobjecten doet geen recht aan het aan onze rechtsorde ten grondslag liggende open mensbeeld, dat een zeker individueel recht op grondrechtelijke zelf-interpretatie impliceert.”<sup>350</sup>

In een interessante reactie op het preadvies betoont Soeteman zich kritisch ten aanzien van de subjectieve interpretatie van grondrechten. Hij vreest voor destructieve resultaten wanneer rechtssubjecten al te veel zeggenschap krijgen over

348 B.P. Vermeulen, “Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten?” (Preadvies Vereniging Wijsbegeerte van het Recht 1992), *R&R* 1992 jrg. 21 afl. 1, p. 19.

349 Vermeulen 1992, met name p. 22-25.

350 Vermeulen 1992, p. 24.

de beschermende werking van grondrechten. Soeteman spreekt zelfs van het risico van zelfvernietiging van de grondrechten. De betekenis van grondrechten dreigt door subjectivering te worden uitgehold. Hij bepleit daarom een objectieve interpretatie:

“Wat precies door de grondrechten beschermd wordt is niet afhankelijk van wat subjecten hiervan vinden, maar wordt bepaald door het objectieve recht. [...] Binnen de door het recht via de grondrechten getrokken grenzen mag betrokkene zelf weten wat hij doet, maar dat is iets anders dan dat dit ‘zelf weten’ zou betekenen dat hij ook zelf die grenzen mag bepalen.”<sup>351</sup>

Vermeulen koestert tot op zekere hoogte dezelfde bedenkingen. Het gevolg van doorgeschoten subjectivering is zijns inziens dat grondrechten oeverloos, onvoorspelbaar en daarmee volledig onhanteerbaar worden.<sup>352</sup> Bovendien betoogt hij dat niet alle grondrechten evenzeer open staan voor subjectieve uitleg. Toch houdt hij vol dat de rechter een interpretatieve terughoudendheid moet betrachten wanneer het gaat om grondrechten die ertoe strekken “dat individuen en groepen zo veel mogelijk in staat gesteld worden hun eigen mensbeeld te ontwerpen en dienovereenkomstig te leven”.<sup>353</sup> Vermeulen noemt deze bepalingen “normatief-open” bepalingen, dat wil zeggen de bepalingen “die verwijzen naar een niet door het rechtssysteem gecreëerde, maar daaraan voor-gegeven persoonlijke en/of maatschappelijke realiteit.”<sup>354</sup> Bij uitleg van deze grondrechten dient de rechter ruimte te laten voor subjectieve interpretatie.

In het licht van deze paragraaf is van belang of de bescherming die het recht op lichamelijke integriteit aan de persoon biedt afhankelijk is van de invulling die het rechtssubject er zelf aan geeft. Een indeling van de bestaande grondrechten naar mate van normatieve openheid maakt deel uit van Vermeulens betoog. Daarbij brengt hij de onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid onder bij de categorie normatief-open grondrechten, ofwel die rechten waarbij het oordeel van het rechtssubject over zijn eigen grondrechtelijke bescherming het zwaarst dient te wegen. Hij laat echter in het midden onder welk type grondrechtsbepaling het recht op lichamelijke integriteit zou vallen.

Mendelts wijdt het laatste deel van zijn proefschrift precies aan deze problematiek. Het is een mooi sluitstuk van zijn promotie-onderzoek, dat zich richt op de mate waarin de uitleg die de rechtsdrager zelf aan zijn grondrecht geeft, moet meewegen bij de rechterlijke interpretatie van grondrechten. Het zelfbeschikkingsrecht zou dan de culminatie van een dergelijke subjectieve uitleg van grondrechten kunnen zijn. De mate waarin het zelfbeschikkingsrecht doorwerkt

351 A. Soeteman, “De religieuze dwergwerper”, *R&R* 1992 jrg. 21 afl. 2, p. 106.

352 Vermeulen 1992, p. 30-31.

353 Vermeulen 1992, p. 35.

354 Vermeulen 1992, p. 34.



bij de interpretatie van grondrechten bestudeert hij aan de hand van het recht op lichamelijke integriteit. In hoeverre heeft men het recht zelf over zijn lichaam te beschikken? Zoals hij ook zelf stelt, geeft zijn Nederlandse jurisprudentie-onderzoek echter geen uitsluitsel over de vraag of er een recht op lichamelijke zelfbeschikking bestaat:

“Zolang er nog geen duidelijke ontwikkeling naar consensus is ten aanzien van het bestaan van een zelfbeschikkingsrecht, moeten we aannemen dat een dergelijk grondrecht in het positieve recht niet aangenomen moet worden, en derhalve valt de eventuele reikwijdte daarvan ook moeilijk vast te stellen. In elk geval zal het zelfbeschikkingsrecht niet zover kunnen gaan dat iemand alles met zijn lichaam zal mogen doen wat hem zelf goeddunkt.”<sup>355</sup>

De meningen overziend, kunnen we concluderen dat er weinig eensgezindheid bestaat over de zelfbeschikkingscomponent van artikel 11 Gw, en de mate waarin subjectieve uitleg van lichamelijke integriteit een rol dient te spelen bij de afbakening van het grondrecht. Wellicht hebben de auteurs van het *Handboek staatsrecht* gelijk door te opperen dat de vraag naar het lichamelijk zelfbeschikkingsrecht niet alleen aan de hand van artikel 11 Gw kan worden beantwoord.<sup>356</sup> De jurisprudentie over artikel 11 Gw biedt echter aanwijzingen om de vermoedelijke inhoud van de zelfbeschikkingscomponent, waaraan in de parlementaire geschiedenis werd gerefereerd, op het spoor te komen.

### 3.1.3.3 *Jurisprudentie over artikel 11 Gw*

Tot voor kort bleef het verband tussen het recht op onaantastbaarheid van het lichaam en het zelfbeschikkingsrecht in de rechtspraak onbesproken. Afgelopen decennia overziend kan men concluderen dat er weinig opzienbarende uitspraken over de reikwijdte van artikel 11 Gw zijn gedaan. De rechter heeft zich vooral uitgesproken over de reikwijdte van het recht op lichamelijke integriteit als afweerrecht, nauwelijks over de zelfbeschikkingscomponent. Sinds een aantal jaar is er echter een nieuwe tendens in de jurisprudentie te bespeuren, die in de richting van het zelfbeschikkingsrecht wijst.

De jurisprudentie over het recht op lichamelijke integriteit draait, zoals gesteld, voornamelijk om de vraag wat een inbreuk op dat recht, uitgelegd als afweerrecht, constitueert. Zo toont het bekende en reeds aangehaalde fluorideringsarrest,<sup>357</sup> dat werd gewezen voor de totstandkoming van artikel 11 Gw, dat het toevoegen van fluor aan leidingwater een inbreuk op de lichamelijke integriteit kan vormen.

355 P. Mendelts, *Interpretatie van grondrechten. Grondrechtenclaims en verschuivingen in de reikwijdte van grondrechten* (diss. Utrecht), Deventer 2002, p. 220.

356 C.W. van der Pot, A.M. Donner en L. Prakke, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 2001, p. 341.

357 HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386, m.nt. ARB (*Fluoridering*).

Het *Wangsljim*-arrest<sup>358</sup> laat het belang zien van een formeel-wettelijke basis voor inbreuken op 11 Gw, zoals het afnemen van wangsljim, die plaats vinden zonder toestemming. Na die uitspraak werd vervolgens artikel 195d Sv in het leven geroepen om in die wettelijke basis te voorzien. In het *RAILS*-arrest,<sup>359</sup> dat draaide om een mode-reportage in het blad *RAILS* waarin een modieus gekleed “gangster-liefje” door een huurmoordenaar om het leven wordt gebracht, maakte de Hoge Raad, wellicht ten overvloede, duidelijk dat een confrontatie met beelden die voor iemand (zoals de leden van tegenpartij *Blijf van Mijn Lijf*) dermate schokkend zijn dat die persoon daardoor geestelijk ontredderd raakt, niet beschouwd kan worden als een inbreuk op het recht op lichamelijke integriteit.

Het meest interessante arrest in deze trits is het bekende *AIDS-test*-arrest<sup>360</sup>, waar dan ook het nodige om te doen is geweest. Het slachtoffer van een verkrachting vorderde van de dader naast schadevergoeding dat hij een AIDS-test onderging. Eiseres had reeds een test ondergaan, maar die test gaf in verband met de incubatietijd van AIDS geen uitsluitsel over besmetting met het virus. Dat de dader de tweede test zou ondergaan en niet zichzelf, was voor de eiseres van belang omdat het voor haar wegens haar traumatische ervaring “een zware emotionele belasting” zou vormen. Bovendien zou zo de schade ten gevolge van de verkrachting enigszins worden verminderd. Zij classificeerde haar vordering daarom als “een schadevergoeding in natura”.

Op het moment dat de zaak aan de Hoge Raad werd voorgelegd, had het bloed-onderzoek op bevel van de president reeds plaats gevonden. De zaak draait dus alleen om de principiële vraag of het onderzoek had mogen plaats vinden in verband met het recht op lichamelijke integriteit van de verkrachter. De Hoge Raad oordeelt als volgt:

“Een en ander brengt mee dat eiseres, zoals de president terecht heeft geoordeeld, recht had op medewerking van X in de vorm van een door deze te ondergaan bloed-onderzoek. Te dier zake kon X zich ook niet met succes op zijn aan art. 11 Gw ontleende grondrecht op de onaantastbaarheid van zijn lichaam beroepen, nu dit recht zijn grenzen vindt in de bij of krachtens de wet te stellen beperkingen. In elk geval tussen burgers onderling kan een zodanige beperking worden gegrond op art. 1401 [oud BW], zulks mede aan de hand van de in dat artikel besloten liggende normen die het in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens elkaar in acht te nemen [...]. Het vorenwogene geldt ongeacht of ook aan de zijde van eiseres terecht een beroep op een grondrecht is gedaan of zou kunnen worden gedaan.”<sup>361</sup>

358 HR 2 juli 1990, NJ 1990, 751, m.nt. Sch. (*Wangsljim*).

359 HR 21 oktober 1994, NJ 1996, 346, m.nt. CJHB (*RAILS*).

360 HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347, m.nt. EAA en CJHB (*AIDS-test*).

361 *AIDS-test*, r.o. 3.2.

De eiseres werd daarmee in het gelijk gesteld. Over de wijze waarop de Hoge Raad het gelijk van eiseres beargumenteert, is men het echter niet geheel eens. De meesten nemen aan dat de Hoge Raad impliciet horizontale werking van artikel 11 Gw aanvaardt, omdat de Hoge Raad zonder verdere overwegingen onmiddellijk ingaat op de vraag of inbreuk op dat recht van de dader gerechtvaardigd is. Horizontale werking van het grondrecht is in overeenstemming met de normering tussen burgers onderling door wetgeving als de WGBO, waaraan artikel 11 Gw ten grondslag ligt.

A-G Koopmans heeft echter een interessante andere visie. Hij beschouwt dit geval weliswaar als “een klassiek geval van botsende grondrechten”,<sup>362</sup> maar wijdt daarnaast beschouwingen aan een mogelijke andere zienswijze. Je zou artikel 11 Gw ook als het resultaat van verticale werking van privaatrechtelijke belangen kunnen zien, in plaats van dit geval als resultaat van horizontale werking van artikel 11 Gw.

“De bescherming van de lichamelijke integriteit is immers niet, zoals de godsdienstvrijheid, in het privaatrecht binnengedrongen langs de weg van de grondwettelijke grondrechtenbescherming. Het is eerder omgekeerd: privaatrecht en strafrecht hebben in een eeuwenoude traditie de lichamelijke integriteit beschermd [...]. Pas in 1983 heeft de grondwetgever dat zo belangrijk gevonden dat hij dit rechtsgoed onder de grondrechten heeft opgenomen. De privaatrechtelijke betekenis van de lichamelijke integriteit verandert daarmee niet principieel, al krijgt de rechter een signaal dat hij haar hoog op de waardenschaal moet plaatsen.”<sup>363</sup>

Tot slot is er kritiek geuit op het feit dat een vage norm als de onrechtmatige daad als wettelijke beperking op artikel 11 Gw werd gebruikt. Dat zou een uitholling kunnen betekenen van het grondwettelijk systeem van beperkingsclausules. De Hoge Raad liet daarbij in het midden of in geval van traditionele, verticale werking van het artikel, de overheid inbreuken op artikel 11 Gw ook kan rechtvaardigen via een beroep op de open norm van onrechtmatige daad. Hoe het ook zij, “de deur staat wel op een kier”, in de woorden van Verhey.<sup>364</sup> Een en ander is bevestigd en zelfs uitgebreid door een volgend arrest, ook wel genoemd *AIDS-test II*.<sup>365</sup> In dat arrest lijkt ook de contractuele redelijkheid en billijkheid te worden aanvaard als wettelijke beperkingsgrond.

Sinds een aantal jaren is de jurisprudentie op dit terrein een nieuwe koers ingeslagen. Ook in de rechtspraak wordt artikel 11 Gw nu in verband gebracht met het

362 Conclusie *AIDS-test*, sub 10.

363 Conclusie *AIDS-test*, sub 14.

364 Verhey 1996, p. 163.

365 HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 117 (*AIDS-test II*; *RvdW* 2003, 193, *AB* 2004, 93, m.nt. T. Zwart; *NTBR* 2004/4, p. 188-194, m.nt. O. Cherednychenko). Zie verder: J.S. Kortmann, “Nogmaals de verplichte medewerking aan een HIV-test”, *WPNR* 2004/6566, p. 135-137.

zelfbeschikkingsrecht. Zo heeft de Hoge Raad in twee op dezelfde dag gewezen arresten<sup>366</sup> het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt expliciet afgeleid uit artikel 11 Gw (en overigens ook artikel 10 Gw). In de eerste zaak trad tijdens een operatie aan de rechterpols zenuwbeschadiging op. Daardoor hield klaagster blijvende pijn aan de ingreep over, die haar bij dagelijkse bezigheden hinderde. In de tweede zaak, ook wel het *Dwarslaesie*-arrest genoemd, ging het om een operatie aan de wervelkolom. Toen eiseres uit haar narcose ontwaakte, bleek zij aan een totale dwarslaesie te lijden. In beide gevallen waren de patiënten niet goed ingelicht over de risico's die aan de operaties waren verbonden. De Hoge Raad oordeelt dat het onthouden van deze informatie een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van eiseressen vormt:

“[...] hier [is] aan de orde een geval van het tekortschieten door een arts in de nakoming van de op hem rustende verplichting zijn patiënt vóór een medische behandeling op duidelijke wijze in te lichten over de risico's van de voorgestelde behandeling. Deze verplichting strekt ertoe de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor deze behandeling zal geven. Deze verplichting vindt zijn grondslag in de door art. 10 van de Grondwet gewaarborgde eerbiediging en bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de door art. 11 van de Grondwet gewaarborgde onaantastbaarheid van het menselijk lichaam. Deze informatieplicht en het daarmee nauw verband houdende vereiste van toestemming door de patiënt hebben in de op 1 april 1995 in werking getreden regeling van de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling een wettelijke basis gekregen in de art. 7:448 en 450 BW.

Deze op de arts rustende verplichting de patiënt op duidelijke wijze in te lichten over de risico's verbonden aan de voorgestelde behandeling strekt derhalve niet ertoe de patiënt te beschermen tegen deze risico's, maar zij strekt ertoe, zoals hiervoor in 3.5.2 is overwogen, de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de voorgestelde behandeling zal geven. Het tekortschieten in de nakoming van deze verplichting roept het risico in het leven dat de patiënt niet op de door hem gewenste wijze van zijn *zelfbeschikkingsrecht* gebruik kan maken, het risico derhalve dat hij een keuze maakt die hij mogelijk niet gemaakt zou hebben als hij goed geïnformeerd was”<sup>367</sup> [cursivering BvB].

Het is de eerste maal dat de Hoge Raad expliciet van een zelfbeschikkingsrecht spreekt.<sup>368</sup> Uit bovenstaande rechtsoverwegingen blijkt dat het rechtscollège onder het zelfbeschikkingsrecht in deze context het vereiste van informed consent verstaat. De artsen hebben gehandeld in strijd met het recht op informatie en het toestemmingsvereiste. Informed consent vormt weliswaar een mogelijkheden-

366 HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387, m.nt. JBMV.

367 *Dwarslaesie*, r.o. 3.5.2 en 3.5.3.

368 Legemaate 2004, p. 19.

voorwaarde voor lichamelijke zelfbeschikking. Toch is het recht van patiënten om te beslissen wat er met hun lichaam gebeurt slechts in beperkte mate in het geding. Voor een medische ingreep is immers eveneens een medische indicatie vereist. Het gaat in deze kwesties daarom niet om een vrije beschikking over het eigen lichaam en leven, maar het recht op informatie en het recht om zich op basis daarvan te kunnen verzetten tegen een medische ingreep, zoals beide vastgelegd in de WGBO.

In deze arresten suggereert de Hoge Raad een zekere samenhang tussen artikel 11 Gw en de WGBO. Die samenhang kan op twee wijzen worden uitgelegd. Of de WGBO en het erin vastgelegde toestemmingsbeginsel zijn een bij wet gestelde beperking op het recht op lichamelijke integriteit; of het toestemmingsvereiste is reeds vervat in artikel 11 Gw, en de WGBO er slechts een nadere uitwerking van. De tweede optie is het meest waarschijnlijk. De regering is er in de Memorie van Toelichting bij artikel 11 Gw vrij ondubbelzinnig over: “Het recht op onschendbaarheid van het eigen lichaam van een patiënt brengt mee dat medische handelingen ten aanzien van hem slechts mogen worden verricht met zijn (eventueel veronderstelde) toestemming, of met de toestemming van personen, die voor hem mogen beslissen.”<sup>369</sup> Verhey is dezelfde mening toegedaan, en ziet het toestemmingsvereiste bovendien als hetgeen de regering eigenlijk bedoelde met haar uitspraak dat artikel 11 ook een recht op lichamelijke zelfbeschikking zou omvatten.<sup>370</sup> Zo ook Engberts over artikel 450 WGBO (ofwel artikel 7:450 BW), waarin het toestemmingsvereiste is neergelegd:

“Het is duidelijk dat het hier gaat om een negatieve keuzevrijheid: de patiënt blijft verschoond van verrichtingen die hij niet wenst te ondergaan. Het is goed om te bedenken dat wanneer met betrekking tot medische handeling wordt gesproken over autonomie of zelfbeschikking van de patiënt in feite wordt verwezen naar het uitgangspunt dat in art. 450 lid 1 WGBO is geformuleerd. Het toestemmingsvereiste brengt in lijn met art. 11 Gw derhalve een afweerrecht of schildrecht onder woorden, niet een claimrecht op grond waarvan aanspraken op bepaalde verrichtingen zouden kunnen worden afgedwongen.”<sup>371</sup>

Mendelts daarentegen, heeft twijfels welke visie de juridische werkelijkheid het dichtst benadert.<sup>372</sup> In zijn ogen impliceert het onderbrengen van het toestemmingsvereiste binnen de reikwijdte van het grondrecht, in plaats van binnen een gerechtvaardigde beperking op het recht, de erkenning van een vergaand recht op lichamelijke zelfbeschikking. Dat zou volgens hem betekenen dat het dan vol-

369 *Handelingen II*, 1979/80, 16 086, nr. 3, p. 7.

370 Verhey 1995, p. 161.

371 D.P. Engberts en L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Gezondheidsrecht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006, p. 23.

372 Mendelts 2002, p. 212-215.

ledig aan het rechtssubject is om te bepalen wanneer er sprake is van een inbreuk op lichamelijke integriteit of niet. Met andere woorden, een algehele subjectivering van het recht op lichamelijke integriteit. Mendelts maakt daarmee echter de fout het toestemmingsvereiste gelijk te stellen aan een volledig recht om zelf over het lichaam te beschikken.

Zoals reeds bleek uit de analyse van de WGBO kan toestemming slechts worden gegeven voor ingrepen aan het lichaam die medisch geïndiceerd zijn. Wanneer men het toestemmingsvereiste beschouwt als onderdeel van het recht op lichamelijke integriteit, brengt men daarmee uitsluitend tot uitdrukking dat men op grond van dat recht bepaalde medische handelingen kan weigeren, precies zoals hierboven in de passage uit de MvT werd gesteld. Een dergelijk weigeringsrecht is vooral als een afweerrecht te kwalificeren, namelijk het recht gevrijwaard te blijven van medische ingrepen waarvan men niet gediend is. Daarmee wordt slechts in beperkte mate een subjectief element, ofwel de gedachte van zelfbeschikking, toegelaten bij de bescherming van de lichamelijke integriteit.

Kortom, hoewel in recente rechtspraak artikel 11 Gw in verband wordt gebracht met het zelfbeschikkingsrecht, heeft dat zelfbeschikkingsrecht ook in deze context de beperkte betekenis van het vereiste van informed consent. Aan de hand van de jurisprudentie kan daarom geen bewijs worden gevonden voor de erkenning van een werkelijk recht op lichamelijke zelfbeschikking. Op zijn hoogst is de invloed van zelfbeschikking als rechtsbeginsel herkenbaar. Daarmee sluit ik me aan bij de eindconclusie Mendelts' jurisprudentie-onderzoek naar het recht op lichamelijke zelfbeschikking. Zijns inziens is in de jurisprudentie over artikel 11 Gw het klassieke afweerrecht tegen inbreuken op het eigen lichaam is te ontwaren,<sup>373</sup> maar:

“een zelfbeschikkingsrecht over het eigen lichaam is niet in de Nederlandse jurisprudentie teruggevonden. Er zijn geen voorbeelden gevonden waarin als zodanig een recht werd toegekend om zonder meer zelf over zijn eigen leven of dood te mogen beslissen, of om zichzelf te verminken.”<sup>374</sup>

Hoewel sinds een aantal jaar het zelfbeschikkingsrecht in de jurisprudentie over de gezondheidszorg is erkend, heeft de rechter onder dat recht tot nu toe slechts een afweerrecht tegen ongewilde schendingen van het lichaam van buitenaf verstaan, en in samenhang daarmee een recht op informatie. Voor medische ingrepen aan het lichaam is de weloverwogen en geïnformeerde toestemming van de patiënt vereist. Verder dan het recht op informatie en het toestemmingsvereiste lijkt het in de rechtspraak erkende zelfbeschikkingsrecht echter niet te gaan. Van een recht om zelf over het lichaam te beschikken is daarom vooralsnog geen

373 Mendelts 2002, p. 221.

374 Mendelts 2002, p. 247.

sprake. Juister is het om het zelfbeschikkingsrecht als een beginsel op te vatten, dat werkzaam is in het juridische vereiste van informed consent, en dat moet worden afgewogen tegen andere beginselen, zoals dat van weldoen en niet schaden. In de Franse rechtsdogmatiek worden nog andere interessante argumenten ingebracht tegen de benadering van zelfbeschikking als een subjectief recht in plaats van als een beginsel. Daarover meer in 3.2.1.

Zowel de parlementaire geschiedenis van de WGBO en artikel 11 Gw als de strekking van het *Dwarslaesie*-arrest bevestigen het vermoeden dat, in tegenstelling tot hetgeen een letterlijke interpretatie van deze woorden suggereert, de regering waarschijnlijk op het vereiste van informed consent moet hebben gedoeld toen zij sprak van “het recht zelf over het lichaam te beschikken” als component van artikel 11 Gw. Deze formulering is op twee punten misleidend. Ten eerste is er eerder sprake van een beginsel dan een recht; ten tweede is er eerder sprake van afweer tegen invloeden van buitenaf op het lichaam dan van lichamelijke zelfbeschikking. Daarmee biedt noch de WGBO noch artikel 11 Gw – ofwel, Leenens twee aanknopingspunten – grond om het bestaan van een lichamelijk zelfbeschikkingsrecht aan te nemen. Een derde optie moet echter nog worden verkend. Ligt het zelfbeschikkingsrecht wellicht in het recht op privacy of het daarmee samenhangende algemeen persoonslijkeidsrecht besloten?

### 3.1.4 *Zelfbeschikking als recht op privacy en als persoonslijkeidsrecht*

In Nederland wordt het grondrechtelijke vraagstuk van lichamelijke zelfbeschikking voornamelijk bestreken door de jurisprudentie en literatuur omtrent de onaantastbaarheid van het lichaam. Dat het recht op de persoonslijke levenssfeer van artikel 10 Gw<sup>375</sup> een relatief kleine rol speelt op dit vlak, komt doordat artikel 11 Gw wordt beschouwd als een *lex specialis* van artikel 10 Gw.<sup>376</sup> Toch is het interessant om ook het ‘moederrecht’ nader te bekijken, vooral gezien het feit dat het recht op lichamelijke integriteit veelal als de kern van het recht op privacy wordt gezien. Hoewel soms wordt bepleit dat het zelfbeschikkingsrecht en het recht op privacy als gescheiden grootheden moeten worden beschouwd,<sup>377</sup> brengt bijvoorbeeld het Europese Hof voor de Rechten van de Mens lichamelijke zelfbeschikking wel degelijk in verband met het recht op privacy van artikel 8 EVRM, zoals in 3.3 nog zal blijken. Een bekend voorbeeld uit de Amerikaanse rechtspraak is de zaak *Roe v. Wade* waarin abortusvrijheid uit het recht op privacy werd afgeleid.

375 “Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonslijke levenssfeer.”

376 In de woorden van de regering: “Juist het eigen lichaam vormt naar ons oordeel een kernelement van de persoonslijke levenssfeer. Het recht zich zelf te zijn, met rust te worden gelaten, vindt in het recht op afweer van handelingen gericht op een inbreuk op de vertrouwdeheid, de integriteit van het eigen lichaam een fundamentele uitwerking” (*Kamerstukken II 1978/79*, 15 463, nr. 1 en 2, p. 8).

377 Zie onder meer Visser 't Hooft 1986, p. 391; en Engberts 1997, p. 264-265.

Om die reden loont het de moeite om ook in de context van het Nederlandse recht kort in te gaan op het recht op privacy.

Net als het recht op lichamelijke integriteit kent het recht op privacy twee aspecten. Niet alleen omvat het een recht op afscherming, maar ook een recht op een zekere vrijheid van handelen. In dat laatste aspect vertoont het recht op privacy verwantschap met een algemeen persoonlijkheidsrecht. Ook de Nederlandse rechter is in navolging van de Duitse rechter tot de constructie van het algemeen persoonlijkheidsrecht gekomen. Daarom wordt in deze paragraaf niet alleen het recht op privacy bekeken, maar ook het persoonlijkheidsrecht.

Het recht op privacy van artikel 10 Gw beslaat een breed en moeilijk af te bakenen terrein. Deze onbepaaldheid vloeit tot op zekere hoogte voort uit de specifieke aard van dit grondrecht.<sup>378</sup> Ook de vingervijzingen van de grondwetgever voor interpretatie bieden weinig verheldering. Over de onduidelijke omtrekken van het recht stelt A. Nieuwenhuis daarom:

“De opvatting van de regering dat het begrip in voldoende mate een vaste kern heeft, is wellicht wat optimistisch. Het lijkt eerder om een beperkt aantal aanwijsbare elementen te gaan, aangevuld met de vage ‘gedragingen en gewoonten’.”<sup>379</sup>

Met dat laatste verwijst Nieuwenhuis naar de stelling van de regering dat ook “sommige gewoonten, gedragingen, contacten, abonnementen, lidmaatschappen en bepaalde aspecten van het gezinsleven” onder het bereik van het recht op de persoonlijke levenssfeer vallen.<sup>380</sup> Uit dit citaat blijkt al dat de regering artikel 10 Gw niet alleen als een afweerrecht heeft willen construeren. De regering laat er daarnaast een, weliswaar vaag, terrein van handelingsvrijheid onder vallen. Hoever dat recht op vrijheid van handelen reikt, blijft – gelijk de zelfbeschikkingcomponent van artikel 11 Gw – onbepaald.

Evenals bij artikel 11 Gw laat de wetgever het aan de rechter over om het begrip nader uit te werken. Een omschrijving die in de rechtspraak regelmatig terugkomt, is er echter één die de rechter op zijn beurt heeft ontleend aan de regering.<sup>381</sup> De persoonlijke levenssfeer wordt in die formulering omschreven als “situaties waarin naar moet worden aangenomen de betrokkene onbevangen zichzelf wil

378 In zijn studie naar het recht op privacy waarschuwt Gutwirth voor pogingen om het recht op privacy op voorhand al te zeer te willen definiëren of afbakenen. Sterker nog, “de halsstarrige onzegbaarheid van privacy is essentieel” volgens hem (S. Gutwirth, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Den Haag: Otto Cramwinckel 1998, p. 43).

379 A.J. Nieuwenhuis, *Tussen privacy en persoonlijkheidsrecht. Een grondrechtelijk en rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen 2001, p. 151.

380 *Handelingen II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 34.

381 R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland* (diss. Utrecht), Deventer 2002, p. 223. Zie *Handelingen II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 40, waar verwezen wordt naar *Handelingen II* 1967/68, 9419, nr. 3, p. 3.



zijn.”<sup>382</sup> Door deze cirkelverwijzing draagt de rechter natuurlijk weinig bij aan de evolutie van het recht op privacy. Het recht op privacy is in het Nederlandse recht wellicht om die reden van weinig betekenis gebleven voor normering van handelingen met het lichaam. Interessanter is het om uit te wijken naar het algemeen persoonlijkheidsrecht, een recht(sbeginsel) dat in het verlengde ligt van het recht op eerbiediging van de private levenssfeer.

Nehmelman beschouwt de restrictieve rechterlijke interpretatie van artikel 10 Gw als de belangrijkste reden dat de Hoge Raad in zijn *Valkenhorst*-arrest tot de introductie voor Nederland van het algemeen persoonlijkheidsrecht besloot.<sup>383</sup> Zijns inziens heeft de regering destijds geenszins een limitatieve beschrijving aan privacy willen geven door bovenstaande formule van privacy als “situaties waarin naar moet worden aangenomen de betrokkene onbevangen zichzelf wil zijn”, maar enkel een opening tot een verdere rechtsontwikkeling. Nu de rechter die rechtsontwikkeling een halte toegeroepen lijkt te hebben door die formule ook als eindpunt te nemen, zag de Hoge Raad zich gedwongen een nieuwe rechtsfiguur als het algemeen persoonlijkheidsrecht in het leven te roepen voor andere aanspraken die met de persoonlijkheid te maken hebben.

De eiseres in deze zaak verzocht om gegevens over de identiteit van haar biologische vader bij Stichting Valkenhorst. Deze stichting weigerde de afstammingsgegevens te verstrekken, aangezien zij deze gegevens destijds in vertrouwen had verkregen van de moeder van eiseres. Zolang de moeder geen toestemming gaf, vond de stichting het niet op zijn plaats om de identiteit van de vader vrij te geven. In zijn arrest komt de Hoge Raad tot een afweging tussen het belang dat eiseres heeft om te weten wie haar vader is aan de ene kant, en de geheimhoudingsplicht van de stichting aan de andere kant. De cassatie-rechter acht het belang dat men heeft om te weten van wie men afstamt zo zwaarwegend, dat hij komt tot een opzienbarende, juridische constructie. De kernoverweging luidt dat:

“[...] het aan grondrechten als het recht op respect voor het privé leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting ten grondslag liggende algemene persoonlijkheidsrecht mede omvat het recht om te weten van welke ouders men afstamt.”<sup>384</sup>

Hoewel het recht om te weten wie je ouders zijn op die manier veel gewicht in de schaal legt, is dit recht volgens de Hoge Raad niet absoluut,<sup>385</sup> en dient het

382 Zie Nehmelman 2002, p. 246-253. Beginnend bij Rb. Zutphen 29 augustus 1980, *NJ* 1981, p.43. Vervolgens aangehaald in HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928 m.nt. EEA (*Edamse bijstandsvrouw*). Verder in de praktijk gebracht door HR 19 februari 1991, *NJ* 1992, 50 m.nt. C (*RTL-video-opnamen Haagse rellen*), HR 19 maart 1996, *NJ* 1997, 85 m.nt. Kn.

383 Nehmelman 2002, p. 254.

384 HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 m.nt. WH-S (*Valkenhorst*), r.o. 3.2.

385 *Valkenhorst*, r.o. 3.3.

afgewogen te worden tegen andere belangen. In dit geval prevaleert het recht op de afstammingsgegevens, zodat eiseres gelijk krijgt.

Om tot deze conclusie te komen, bezint de Hoge Raad zich op de fundamenteën van het grondrechtelijk systeem, en leidt daar het algemeen persoonlijkheidsrecht uit af. Daarmee houdt het algemeen persoonlijkheidsrecht het midden tussen een grondrecht en een algemeen rechtsbeginsel, en vormt het een grensfiguur tussen publiek- en privaatrecht.<sup>386</sup> De Hoge Raad volgt met deze redenering A-G Koopmans, die in zijn conclusie bij dit arrest stelt “dat dit recht een van de onuitgesproken uitgangspunten vormt van onze rechtsorde.”<sup>387</sup> Ter onderbouwing stelt Koopmans onder meer het volgende:

“[...] de gedachte van de autonomie van het individu, die aan een groot deel van ons vermogensrecht ten grondslag ligt, steunt op het bestaan van een persoonlijkheidsrecht. Met de Duitse constitutionele rechter meen ik dat het recht op de eigen identiteit deel uitmaakt van dat persoonlijkheidsrecht, en dat kennis van de eigen afstamming onontbeerlijk is voor kennis van die identiteit. Het kind dat kennis van gegevens omtrent de afstamming eist, oefent derhalve een grondrecht uit.”<sup>388</sup>

De erkenning van het algemeen persoonlijkheidsrecht heeft de Hoge Raad kort daarna bevestigd in een zaak van geheel andere aard.<sup>389</sup> In deze journalistieke kwestie werd het algemeen persoonlijkheidsrecht aangewend als grondslag voor het “recht om alleen te worden gelaten.”<sup>390</sup>

Men kan zich afvragen wat de verhouding van het algemeen persoonlijkheidsrecht is tot het recht op privacy. Volgens de Hoge Raad ligt het eerste recht ten grondslag aan het tweede. Nehmelman daarentegen, had liever gezien dat de Hoge Raad van de volgende juridische constructie gebruik had gemaakt. Zijns inziens ligt reeds in artikel 10 Gw in potentie een algehele bescherming van de persoonlijkheid besloten, en was het niet noodzakelijk geweest om het algemeen persoonlijkheidsrecht als een soort supergrondrecht te voorschijn te toveren.<sup>391</sup> Nehmelman betoogt in zijn proefschrift dat het Nederlandse recht op privacy naar aard en karakter equivalent is aan het Duitse algemeen persoonlijkheidsrecht. Door restrictieve interpretatie zijn de persoonlijkheidsrechtelijke mogelijkheden van dit grondrecht echter niet ten volle benut. Hij pleit in het laatste deel van zijn proefschrift daarom voor een herinterpretatie van artikel 10 Gw:

“De reikwijdte van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer zou

386 Ook in de juridische literatuur wordt getwist over de vraag wat de status van het algemeen persoonlijkheidsrecht is. Voor een overzicht hiervan, zie Nehmelman 2002, p. 110-117.

387 Conclusie *Valkenhorst*, sub 19.

388 *Idem*.

389 HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 422, m.nt. EJD (*Parool/Van Gasteren*).

390 *Parool/Van Gasteren*, r.o. 5.11.

391 Nehmelman 2002, p. 254.

[...] niet moeten worden gevonden in de situatie waarin het individu zich bevindt en onbevangen zichzelf wil zijn, maar dient te worden bepaald door de bescherming van (alle) aspecten die inherent aan de persoon(lijkheid) zijn verbonden, ongeacht de vraag of er sprake is van een situatie waarin de persoon onbevangen zichzelf wil zijn.”<sup>392</sup>

Dat heeft als voordeel dat de beperkingsclausule van artikel 10 lid 1 Gw dan ook van toepassing zou zijn op het algemeen persoonlijkheidsrecht. Bovendien zou het aldus geconstrueerde persoonlijkheidsrecht via indirecte horizontale werking van grondrechten nog altijd privaatrechtelijke werking hebben.

Belangrijker dan de vraag wat de plaats van het algemeen persoonlijkheidsrecht is binnen het Nederlandse rechtsstelsel, is hoe het moet worden geïnterpreteerd. De waarheid is dat de betekenis van dit recht nog niet is uitgekristalliseerd, nu er slecht twee arresten op basis van dit recht zijn geweest. Op dit punt kan er slechts worden gespeculeerd over de verdere ontwikkeling. Verschillende aspecten van het persoonlijkheidsrecht duiden op een verband met zelfbeschikking.

Ter speculatie kan er in de eerste plaats gekeken worden naar de betekenis van het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland, waar het reeds een veel langere geschiedenis kent. Het Duitse recht heeft waarschijnlijk mede als inspiratiebron voor het arrest van de Hoge Raad gediend, bij wege van Koopmans' conclusie bij *Valkenhorst*. De Duitse rechter heeft het algemeen persoonlijkheidsrecht afgeleid uit een combinatie van de onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid (artikel 1 I Grundgesetz) en het recht op persoonlijke ontplooiing (artikel 2 I Grundgesetz). De betekenis die dit grondrecht in de Duitse jurisprudentie en literatuur heeft verkregen vat Nehmelman samen onder de noemer van “het zelfbeschikkingsrecht van het individu ten aanzien van zijn identiteit.”<sup>393</sup> Binnen die zelfbeschikking onderscheidt Nehmelman twee varianten van persoonlijkheidsrechten: een individuele en een relationele variant. In de eerste variant heeft het individu het recht zelf zijn identiteit te bepalen zonder inmenging van derden. Het gaat hier om ongestoorde, individuele ontplooiing. In de relationele variant heeft men juist ook recht op hulp van anderen van wie men voor zijn persoonlijke ontplooiing afhankelijk is. Als voorbeeld van de relationele opvatting noemt Nehmelman de formeel-juridische erkenning van de nieuwe sekse van transseksuelen op basis van het algemeen persoonlijkheidsrecht.<sup>394</sup> Deze tweede variant is volgens hem nog niet erkend in het Nederlandse recht, maar ligt zijns inziens voor de hand wanneer de uitleg van artikel 10 Gw zich in de richting van het algemeen persoonlijkheidsrecht zou ontwikkelen, zoals door hem wordt voorgestaan. Erkenning van deze relationele variant zou vergaande consequenties

---

392 Nehmelman 2002, p. 266.

393 Nehmelman 2002, p. 47.

394 Nehmelman 2002, p. 48.

kunnen hebben, wanneer zij wordt toegepast op lichamelijke zelfbeschikking. Het zelfbeschikkingsrecht zou daarmee de trekken van een claimrecht gaan krijgen.

Dat het algemeen persoonlijkheidsrecht ook in de Nederlandse rechtsorde in de kern de waarde van zelfbeschikking betreft, wordt betoogd door Verheij. Hij stelt “dat zowel het algemeen persoonlijkheidsrecht als de meer specifieke persoonlijkheidsrechten (aspecten van) de individuele zelfbeschikking beschermen”. Verschillende persoonlijkheidsrechten kunnen daarmee worden geduid in termen van zelfbeschikking: “De mens mag zelf beschikken over zijn eigen lichaam (lichamelijke integriteit), over persoonlijke informatie (privacy), over zijn bewegingsvrijheid en over de vruchten van zijn scheppende arbeid (auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten).” Daarnaast stelt Verheij dat shockschade, affectieschade en schendingen van de eer en goede naam kunnen worden uitgelegd als een doorkruising van zelfbeschikking.<sup>395</sup>

Vanuit deze invalshoek bezien kunnen het algemeen persoonlijkheidsrecht en de persoonlijkheidsrechten eveneens leiden tot een verdere erkenning en uitbreiding van het lichamelijke zelfbeschikkingsrecht. Zo speculeert Lindenbergh over de mogelijke rol die persoonlijkheidsrechten zullen vervullen bij de normering van biomedische kwesties:

“Daargelaten de precieze afgrenzing [van de persoonlijkheidsrechten] kan niet-temin worden gesteld dat er sprake is van een zekere ‘harde kern’ van persoonlijkheidsrechten, waaronder in elk geval het recht op leven, op lichamelijke integriteit, op privé-sfeer en op bewegingsvrijheid zijn te vatten. Het dynamische karakter van de catalogus brengt bovendien mee dat ruimte bestaat voor ontwikkeling. De figuur van de persoonlijkheidsrechten kan daardoor diensten bewijzen op terreinen waar zich door technische ontwikkelingen nieuwe juridische kwesties aandienen die niet steeds adequaat met de bestaande rechtsfiguren kunnen worden tegemoetgetreden. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan de verschillende aspecten van (kunstmatige) voortplanting, aan aspecten van genetisch onderzoek en aan (andersoortig) medisch onderzoek.”<sup>396</sup>

Dit citaat roept de vraag op wat het resultaat zou zijn van een toepassing van het persoonlijkheidsrecht op de nieuwste biomedische ontwikkelingen. Hoe zou dat nader worden uitgewerkt, toegepast, en geïnterpreteerd door de rechter? Moet lichaamsmodificatie niet ook worden gezien als een manier tot persoonlijke ontplooiing? Of toegang tot de nieuwste voortplantingstechnieken? En zijn beper-

395 A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 40. Zie verder A.J. Verheij, “Een pleidooi voor de vergoeding van geringe immateriële schade”, *RM Themis* 1998, p. 339-350.

396 Geciteerd in Nehmelman 2002, p. 97: S.D. Lindenbergh, “De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht”, *Tijdschrift voor privaatrecht*, 1999, p. 1675.

kingen aan deze lichamelijke zelfbeschikking daarmee ook beperkingen van een ieders persoonlijkheidsrechten?

Het belang van nadere begripsvorming van het persoonlijkheidsrecht wordt onderstreept door de ontwikkelingen binnen het immateriële schadevergoedingsrecht. Via de toets van artikel 6:106 lid 1 sub b BW of er al dan geen sprake is van aantasting in de persoon, werkt het persoonlijkheidsrecht ook hier door. Sinds een aantal jaren bestaat er discussie over het al dan niet bestaande verband tussen zelfbeschikking en aantastingen in de persoon ex artikel 6:106 BW.<sup>397</sup> Geeft een aantasting van de individuele zelfbeschikking recht op smartengeld?

Een dergelijke constructie werd door A-G Langemeijer nog verworpen in zijn conclusie bij het *Baby Joost*-arrest.<sup>398</sup> Baby Joost wordt een paar maanden na zijn geboorte opgenomen in het ziekenhuis wegens een liesbreuk. Ten gevolge van een medische fout treedt tijdens de operatie een ernstige hersenbeschadiging op. De vraag is of de artsen niet alleen jegens baby Joost een fout hebben begaan, maar ook jegens de ouders. De Hoge Raad beantwoordt die vraag ontkennend. In de conclusie bij het arrest gaat A-G Langemeijer onder meer in op de vraag of immateriële schadevergoeding voor de ouders op haar plaats is. Daartoe gaat de A-G de mogelijkheid na of de ouders daar recht op hebben wegens aantasting van hun zelfbeschikkingsrecht. Langemeijer stelt voorop dat zelfbeschikking geen eenduidig begrip is. Hij beaamt wel dat wanneer het begrip wordt gebruikt in zin van lichamelijke of seksuele zelfbeschikking, men op het terrein van artikel 11 Gw komt. In dergelijke gevallen beschouwt Langemeijer het zelfbeschikkingsrecht

“slechts als een hulpmiddel om te komen tot een afbakening van wat het algemene persoonlijkheidsrecht inhoudt. [...] De erkenning van een recht op zelfbeschikking als hulpmiddel om het persoonlijkheidsrecht inhoud te geven, betekent echter niet dat iedere inbreuk op de vrijheid van zelfbeschikking *reeds daarom* onrechtmatig is”.<sup>399</sup>

Met andere woorden, volgens de A-G levert een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht *ipso facto* geen aantasting in de persoon op. Het zelfbeschikkingsrecht is slechts een van de criteria bij de toepassing en uitleg van het algemeen persoonlijkheidsrecht. Om die reden verzet Langemeijer zich tegen de redenering dat de medische fout interfereerde met de vrijheid van gezinsplanning, ofwel het zelfbeschikkingsrecht van de ouders, en reeds om die reden onrechtmatig jegens hen was. Als belangrijkste nadeel van een dergelijke constructie stelt hij:

397 Zie hierover Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 467.

398 HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, m.nt. ARB (*Baby Joost*).

399 Conclusie *Baby Joost*, sub 2.26.

“dat het voor een rechter, die eenmaal uitdrukkelijk een recht op schadevergoeding heeft erkend op grond van een onrechtmatige daad, enkel bestaande in het beperken van de vrijheid van de ander om zijn privé- of gezinsleven in te richten zoals deze ander verkiest, niet goed mogelijk is de omvang van dit recht af te bakenen. Anders dan bijv. de lichamelijke integriteit, is een begrip als “de vrije beschikking over de inrichting van het eigen privé-leven of gezinsleven” dermate veelomvattend, dat het begrip als onrechtmatigheids criterium onderscheidend karakter mist.”<sup>400</sup>

Kortom, Langemeijer verwerpt de gedachte dat een aantasting in het zelfbeschikkingsrecht eveneens een aantasting in de persoon kan betekenen, en daarmee recht op smartengeld geeft (artikel 6:106 lid 1 sub b BW). Hij acht het begrip *zelfbeschikking* daartoe te vaag en te breed. Deze kritiek doet denken aan Schalkens stelling “dat een abstract beroep op het zelfbeschikkingsrecht ter rechtvaardiging van een bepaalde handelswijze zinledig is”.<sup>401</sup> Of zoals Visser 't Hooft het stelt:

“Zo'n abstract beroep kan mijns inziens met een eveneens abstract beroep op ‘vrijheid’ vergeleken worden. Een algemeen recht op ‘vrijheid’ bestaat er echter niet, de rechtsorde heeft immers juist ten doel, te stipuleren onder welke voorwaarden mijn vrijheid met de Uwe of met het algemeen belang verenigbaar is.”<sup>402</sup>

In het arrest zelf maakt de Hoge Raad, in tegenstelling tot de A-G, echter geen woorden vuil aan het zelfbeschikkingsrecht.

Verheij is een andere mening toegedaan dan Langemeijer. Reeds in 1998 betoogde hij dat aantastingen in de persoon veelal als inbreuken op het zelfbeschikkingsrecht kunnen worden beschouwd.<sup>403</sup> Langemeijers bezwaar dat het zelfbeschikkingsrecht onvoldoende omlijnd is verwerpt Verheij door te wijzen op het feit dat in het privaatrecht ook andere vage begrippen worden gehanteerd, zoals de goede trouw en de redelijkheid en billijkheid. Bovendien kan het begrip zelfbeschikking volgens hem op verschillende manieren worden geconcretiseerd.<sup>404</sup>

Ook Vranken is van oordeel dat een inbreuk op het recht op gezinsleven van de ouders, zoals in het geval van *Baby Joost* of bij wrongful birth en life vorderingen, kan worden beschouwd als een aantasting in de persoon, en daarmee aanleiding kan geven tot vergoeding van immateriële schade aan de ouders. Dat blijkt uit zijn noot onder het *Oosterparkrellen*-arrest.<sup>405</sup> In deze zaak was de woning van een echtpaar tijdens ongeregelde heden meermalen belaagd. Ondanks herhaalde

400 Conclusie *Baby Joost*, sub 2.27.

401 T.M. Schalken, “Euthanasie en de rechtspolitieke betekenis van het gewetensconflict”, *NJB* 1984, afl. 2, p. 43.

402 Visser 't Hooft 1986, p. 380.

403 Verheij 1998, p. 339-350. Zie verder: Verheij 2002, nr. 29 en 385.

404 Verheij 2002, p. 492-493.

405 Vranken in zijn noot bij HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 391 (*Oosterparkrellen*), sub 4.

verzoeken van het echtpaar, verscheen de politie buitengewoon laat ter plaatse. De Hoge Raad overweegt dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld ten opzichte van het echtpaar. Daarbij zijn de man en vrouw eveneens in hun persoon aangetast, los van de vraag of zij psychische schade hebben geleden.<sup>406</sup> Weliswaar werd “de bedreiging in de eerste plaats [...] veroorzaakt door de reischoppers die de woning belaagden”, maar de Hoge Raad is het met de lagere rechter eens

“dat juist in een dergelijke situatie de gevoelens van angst, onveiligheid en onzekerheid met betrekking tot hun lijf en goed voor X. en zijn echtgenote zeer zijn toegenomen door het uitblijven van een reactie op hun verzoek om hulp en bijstand van de politie waarop zij in de gegeven omstandigheden hadden mogen rekenen”.<sup>407</sup>

Amper een jaar na deze uitspraak trekt de Hoge Raad in het nader in hoofdstuk 5 te bespreken *Baby Kelly*-arrest<sup>408</sup> deze lijn door, en stelt dat een inbreuk op zelfbeschikking een aantasting in de persoon kan opleveren. Zoals bekend betrof dit geval de geboorte van een kind met een erfelijke aandoening die door een fout van de verloskundige tijdens de zwangerschap niet was ontdekt. Een van de vragen die in dit arrest speelden was of de verloskundige, door ten onrechte na te laten prenataal onderzoek te verrichten, daarmee de ouders in hun persoon had aangetast (artikel 6:106 lid 1 sub b BW), hetgeen smartengeld zou rechtvaardigen. Als de ouders hadden geweten van de genetische afwijking, dan zouden zij de vrucht hebben laten aborteren. De Hoge Raad overweegt daarom dat de ouders door de fout van de verloskundige in hun zelfbeschikkingsrecht zijn aangetast. De inbreuk op “een zo fundamenteel recht” vormt een aantasting in de persoon, zodat immateriële schadevergoeding volgens de cassatie-rechter op haar plaats is:

“In onze rechtsorde is het recht van de moeder tot afbreking van haar zwangerschap immers binnen zekere grenzen erkend, welke grenzen in het onderhavige geval niet zouden zijn overschreden. Die erkenning berust op het fundamentele recht van de moeder tot zelfbeschikking. Wanneer aan de moeder de uitoefening van haar keuzerecht wordt onthouden door een fout van een verloskundige en zij daarmee, zoals in de onderhavige zaak, niet ervoor heeft kunnen kiezen de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen, wordt een ernstige inbreuk gemaakt op haar zelfbeschikkingsrecht [...]. Een zo ingrijpende aantasting als in dit geding aan de orde van een zo fundamenteel recht moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld.”<sup>409</sup>

406 *Oosterparkrellen*, r.o. 3.13.

407 *Oosterparkrellen*, r.o. 3.11.

408 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, m.nt. Vranken (*Baby Kelly*; RvdW 2005, 42).

409 *Baby Kelly*, r.o. 4.8.

Voor de vader komt de Hoge Raad tot een soortgelijke redenering (r.o. 4.9). In dit arrest fungeert het zelfbeschikkingsrecht als grondslag voor toekenning van immateriële schadevergoeding. De Hoge Raad stelt dat doorkruising van het zelfbeschikkingsrecht als aantasting in de persoon kan worden opgevat (artikel 6:106 lid 1 sub b BW), en op die manier recht op smartengeld kan geven.<sup>410</sup>

Kortom, ook als onderdeel van het (algemeen) persoonlijkheidsrecht is het zelfbeschikkingsrecht in opkomst. In de *Baby Kelly*-zaak gaat het bovendien om zelfbeschikking met betrekking tot het lichaam en de voortplanting. Toch kan hier een kanttekening worden geplaatst. Hoewel de Hoge Raad in deze zaak in termen van het zelfbeschikkingsrecht spreekt, blijft de omvang van dit zogenaamde zelfbeschikkingsrecht wederom beperkt tot het vereiste van informed consent. Net als in het *Dwarslaesie*-arrest betreft de lichamelijke zelfbeschikking in het *Baby Kelly*-oordeel uitsluitend het recht om geïnformeerd te worden als patiënt en op basis daarvan een weloverwogen keuze te kunnen maken.

Op het eerste gezicht lijkt de Hoge Raad uit te gaan van een recht om vrijelijk over het eigen lichaam en de eigen voortplanting te beschikken. De hoogste rechter spreekt immers in bovenstaande overweging zelfs van een recht op abortus dat “binnen zekere grenzen is erkend”. Toch is het niet de abortus zelf die in deze zaak centraal staat. De kern van de uitspraak is dat de ouders er recht op hadden een goed geïnformeerde keuze te kunnen maken omtrent afbreking van de zwangerschap, niet om een eventuele abortus af te dwingen of op te eisen. Met andere woorden, het arrest betreft niet de inwilliging van het verzoek tot abortus, maar de informatievoorziening ten behoeve van het besluitvormingsproces van de ouders. Het zelfbeschikkingsrecht van de moeder is doorkruist doordat haar informatie is onthouden, die haar in staat zou hebben gesteld een weloverwogen keuze te maken. Wat niet uit deze uitspraak voortvloeit is het recht om te doen en laten met het eigen lichaam wat men wil. Van een aantasting van dit recht was pas sprake geweest wanneer de uitvoering van de zwangerschapsafbreking was gedwarsboomd of niet ingewilligd. Van een dergelijk besluit tot abortus heeft het als gevolg van de beroepsfout van de verloskundige echter niet eens kunnen komen. In die belemmering van de besluitvorming schuilt de aantasting van het door de Hoge Raad geponeerde zelfbeschikkingsrecht.

Ondanks deze relativering kan worden geconstateerd dat hier sprake is van een tamelijk vergaande subjectivering van het aansprakelijkheidsrecht. Zoals Hendrix en Akkermans schrijven naar aanleiding van vergoeding voor aantastingen van het zelfbeschikkingsrecht in medische zaken, is het gevaar van een ‘floodgate-effect’ niet irreëel. Daarmee bedoelen zij dat met het *Baby Kelly*-arrest wellicht een ontwikkeling in gang is gezet waarbij aantasting van het zelfbeschikkings-

---

410 Zie verder 5.1.3.



recht reeds op zichzelf grond voor schadevergoeding kan opleveren,<sup>411</sup> los van de vraag of de partij in kwestie op basis van de juiste informatie tot een andere beslissing zou zijn gekomen, en of hij daarmee schade aan de gezondheid had kunnen voorkomen. Niet alleen waarschuwen zij dat daarmee het toepassingsgebied van de medische aansprakelijkheid wordt opgerekt, en het aantal mogelijke claims aanzienlijk stijgt, maar ook betogen zij dat met dit type vorderingen de grenzen van het civiele aansprakelijkheidsrecht zijn bereikt. Tuchtrechtelijke sanctiëring ligt huns inziens meer voor de hand. Toekenning van smartengeld puur wegens schending van de informatieplicht, onafhankelijk van de feitelijke beslissing die de juist geïnformeerde patiënt zou hebben genomen, of van de mate waarin hem feitelijk gezondheidsschade had kunnen worden bespaard, leidt tot een subjectivering van het aansprakelijkheidsrecht die in hun ogen “vooral nog een stap te ver” gaat.

Bovendien is het niet uitgesloten dat het algemeen persoonlijkheidsrecht in de toekomst de trekken krijgt van een daadwerkelijk lichamelijk zelfbeschikkingsrecht. Als voorbode op wat misschien nog komen gaat in Nederland met betrekking tot het recht op persoonlijkheid, is een blik op de ontwikkeling van het recht op persoonlijkheid binnen de rechtsorde van de Raad van Europa interessant, zoals in 3.3 zal volgen.

### 3.1.5 *Grenzen aan lichamelijke zelfbeschikking*

Uit de bovenstaande analyse van jurisprudentie en wetgeving kan worden opgemaakt dat van een werkelijk recht om zelf over het lichaam te beschikken geen sprake is in het Nederlandse recht. Lichamelijke zelfbeschikking strekt als beginsel in de praktijk niet verder dan informed consent. Het recht op lichamelijke integriteit vormt daarmee vooral een afweerrecht. De gedachte dat men het lichaam volledig in eigen beheer heeft, en dat men een afdwingbaar recht heeft om ermee te doen wat men wil, vindt geen basis in het geldende recht. Waar het menselijk lichaam in het geding is, houdt de overheid zich het recht voor om de burger in bepaalde gevallen tegen zichzelf te beschermen, of om op andere manieren in de individuele vrijheid in te grijpen.

Zo staat het zelfbeschikkingsrecht haaks op talloze wetten op gezondheidsrechtelijk terrein waarin aan een bepaalde beschermwaardigheid van het lichaam wordt vastgehouden, ook wanneer het individu zijn lichaam vrijwillig laat beschadigen, objectiveren of instrumentaliseren. Op dergelijke momenten treedt de overheid tussen het individu en zijn lichaam. Een dergelijke benadering

“betekent dat in de ogen van het openbaar gezag, het subject niet beschikt over zijn eigen lichaam. Tussen het subject en zijn lichaam plaatst zich een openbare orde

411 L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans, “Causaliteitsonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van *Chester v. Afshar*”, *TvG* 2007-7, p. 515.

op zulke manier dat een andere geen beheersingsdaad over het lichaam van het subject kan uitvoeren enkel en alleen door diens toestemming in te roepen”.<sup>412</sup>

Vanuit het zelfbeschikkingsrecht geredeneerd kan niet worden verklaard waarom het lichaam nog altijd een terrein van het menselijk leven vormt dat onderworpen is aan overheidsbemoeienis. Kortom, lichamelijke zelfbeschikking wordt in de praktijk op talloze manieren ingeperkt. Een verkenning van de mogelijke inperkingsgronden van lichamelijke zelfbeschikking is om die reden van belang.

In het geval van het laten zetten van een tatoeage,<sup>413</sup> het doneren van bloed, seksuele gedragingen, fysieke arbeid of het aangaan van een medische behandeling, doet een recht om zelf over het lichaam te beschikken weinig stof opwaaien. Als de bloeddonatie of de seksuele handelingen plaatsvinden tegen een financiële beloning, komt men al op controversiëler terrein. Gaat men nog een stap verder, dan impliceert lichamelijke zelfbeschikking, tot het uiterste doorgeredeneerd, zelfs een recht op zelfmutilatie, zelfdoding<sup>414</sup> of, meer in de lijn van dit onderzoek, genetische manipulatie of kloneren. Ook veel liberale denkers zullen daar twijfels bij hebben.

Wil men daarom toch grenzen stellen aan de beschikkingsvrijheid, dan kunnen die op verschillende manieren worden gemotiveerd. De klassieke rechtvaardigingsgronden voor inperking van zelfbeschikking die in navolging van filosoof Joel Feinberg veelal worden genoemd zijn: het milliaanse schadebeginsel, “het aanstootbeginsel” (Feinbergs *offense principle*), juridisch paternalistische overwegingen, en tenslotte juridisch moralistische overwegingen.<sup>415</sup> In dit kader is het niet het schadebeginsel dat mijn grootste interesse heeft. Dat stelt grenzen

412 X. Dijon, “Het juridisch statuut van het menselijk lichaam”, in: J. Velaers (red.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen: Maklu 1996, p. 109.

413 Daarbij kan de kanttkening worden gemaakt dat in sommige landen het tatoeëren van het gezicht verboden is.

414 Dat zelfdoding en zelfverminking niet strafbaar zijn betekent niet dat men een recht erop zou hebben. In dat geval zouden vorderingen tegen een ieder die tracht het individu van zelfdoding of zelfverminking af te houden, toelaatbaar zijn. Juister is het te spreken van de afwezigheid van juridische interventie op dit punt. Zoals Hennette-Vachez ten aanzien van een recht op zelfmoord stelt: “Il paraît correct de ne pas considérer le suicide comme un droit, mais comme un espace de tolérance de fait au sein du droit pénal, comme une sphère de ‘non-droit’, ou encore comme un fait déjuridicisé: l’acte suicidaire, faculté non garantie en droit de façon positive, n’intéresse pas le droit pénal qui lui est essentiellement indifférent” (S. Hennette-Vachez, *Disposer de soi? Une analyse du discours sur les droits de la personne sur son corps* (diss. Paris I), Parijs: L’Harmattan 2004, p. 152).

415 Zie J. Velaers (1999a), “Over zichzelf beschikken?” in: J. Velaers (red.) *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen: Maklu 1996, p. 7-9; en J. Tigchelaar, “Wat mag met het lichaam voor geld? Rechtvaardigingen voor beperkingen van het eigen lichaamsgebruik”, *Nemesis* 2001 nr. 6, p. 172-176. Terug te vinden in de afzonderlijke titels van de boeken die deel uitmaken van Feinbergs *The moral limits of the criminal law: Harm to others, Offense to others, Harm to self en Harmless wrongdoing*.

aan zelfbeschikking waar er schade *aan anderen* wordt veroorzaakt. Hetzelfde geldt voor het kwetsingsbeginsel. Beide grenzen zijn ook op andere terreinen dan het lichamelijke algemeen aanvaard. Het werkelijke spanningsveld op dit vlak bevindt zich bij inperkingen van paternalistische of moralistische aard. Deze inperkingen beogen handelingen die *het individu zelf* treffen tegen te gaan.

In de paternalistische variant zal het argument zijn dat de maatschappij de aspirant zelfbeschikker tegen zichzelf moet beschermen zodra de zelfbeschikker in strijd met zijn eigen belangen dreigt te handelen. Dat geldt met name wanneer het waarschijnlijk is dat zijn beslissingen niet rationeel zijn onderbouwd.<sup>416</sup> We kunnen ons daarbij afvragen tegen welk type aantastingen de zelfbeschikker in dergelijke gevallen wordt beschermd. Dat kunnen tastbare zaken zijn als fysieke of financiële schade, maar bijvoorbeeld ook een aantasting van iemands menselijke waardigheid. Een andere vraag is wanneer handelen als rationeel wordt betiteld. En ook daar bestaat geen eenduidig antwoord op. In de praktijk blijken definities van schade, waardigheid en rationaliteit afhankelijk van tijd en plaats. Een aantal decennia geleden werd iemand die beweerde in het verkeerde lichaam te zijn geboren, en zijn sekse te willen veranderen, nog uitgemaakt voor abnormaal en dus irrationeel. Inmiddels is, zoals verderop onder meer zal blijken bij de bespreking van de EVRM-jurisprudentie, de acceptatie van transseksuelen nu na jarenlange strijd ook op juridisch vlak een feit.

Elke keer zullen zich echter weer nieuwe omstrede gevallen voordoen. Een hedendaags fenomeen dat met de problematiek van “het geboren zijn in een verkeerd lichaam” samenhangt, zijn bepaalde vormen van lichaamsdismorfie, ook wel BDD (*body dysmorphic disorder*) genoemd. Mensen die aan deze aandoening lijden, zijn ervan overtuigd dat er iets fundamenteel mis is met hun lichaam, en dat het koste wat kost moet worden veranderd. Naast de bekende gevallen van anorexia en bulimia, zijn er nu mensen die op operatieve wijze met hun probleem geholpen hopen te worden. Waar trekken we de grenzen tussen wel of geen lichaamsdismorfie? Wanneer is een lichamelijke ingreep een onschuldige cosmetische verandering, en wanneer een “irrationeel” en “abnormaal” verlangen naar controle over het lichaam waar geen gehoor aan moet worden gegeven? Sommigen zien de tegenwoordige hang naar plastische chirurgie al als een teken dat de westerse wereld langzaam afglijdt naar collectieve BDD, anderen schrikken pas op bij berichten over iemand die zichzelf laat ombouwen tot een kat, inclusief snorharen.<sup>417</sup>

De moeilijkheid om grenzen te trekken in deze materie kan worden geïllustreerd aan de hand van een groep mensen die het gevoel hebben dat hun lichaam opvallend genoeg completer zou zijn zonder bepaalde ledematen. Hun stoornis wordt wel vergeleken met BDD, maar de afwijking staat beter bekend als

416 Tigchelaar 2001, p. 174. Zij ontleent deze definitie aan Gerald Dworkins werk.

417 J. Hari, “I’m having my wings done”, *The Guardian*, 11 maart 2002.

*body integrity identity disorder* (BIID)<sup>418</sup> of *apotemnofilie*. BIID-patiënten kloppen in de regel tevergeefs aan bij de chirurg voor de realisatie van hun wens, zodat sommigen terugvallen op drastische methoden om hun eigen ledematen te verwijderen. In Schotland heeft een arts, mede vanwege het gevaar van dergelijke amateuristische ingrepen, toch gehoor gegeven aan het verzoek tot amputatie van ledematen van twee BIID-patiënten. Deze Robert Smith, die zich tot die tijd vooral bezighield met sekse-veranderingen, voerde twee amputaties uit op de gezonde ledematen van zijn patiënten. Zij waren door hun psychiater naar de arts doorverwezen. Over de operatie zei Smith na afloop tegen de pers: “It was the most satisfying operation I have ever performed. I have no doubt that what I was doing was the correct thing for those patients.”<sup>419</sup> Ook de patiënten verklaarden publiekelijk content te zijn met de operatieve verwijdering van hun ledematen. Dat Smith het bij deze twee amputaties heeft gehouden, was het gevolg van een reprimande van het ziekenhuis waarin hij werkzaam was.

Dat een arts een amputatie verricht is op zichzelf gezien niet opzienbarend. Wat deze zaken echter bijzonder maakt is dat een amputatie in de regel slechts wordt verricht om ander lichamelijk letsel te voorkomen. De grondslag voor een amputatie kan niet puur contractueel zijn, hoewel toestemming van de patiënt natuurlijk een vereiste is. De amputatie zal daarentegen slechts zijn toegestaan wanneer zij een therapeutisch doel dient. Zoals Den Hartogh schrijft:

“Het enkele feit dat je iemand anders, al is het ook je dokter, uit vrije wil toestemming geeft om je been af te zetten, geeft hem geen voldoende rechtvaardiging om het ook te doen. Dat het recht [op lichamelijke integriteit] onvervreemdbaar is, houdt echter niet in dat amputatie nooit geoorloofd is. Het recht is immers een beschermd belang: op het ogenblik dat het belang wegvalt, omdat het gangreen zich door het lichaam van de patiënt dreigt te verspreiden, is zijn instemming alsnog voldoende om tot die handeling over te gaan.”<sup>420</sup>

Met het voorbeeld van amputatie wil Den Hartogh laten zien dat het recht op lichamelijke integriteit volgens het huidige systeem niet de vrijheid beschermt afstand te doen van je lichamelijke integriteit. Anders gezegd, in dit recht ligt niet besloten dat je je lichamelijke integriteit contractueel kan overdragen aan een ander alsof het je eigendom betreft. In deze context is vooral van belang dat in de arts-patiënt relatie het enkele verzoek van de patiënt onvoldoende is om een medische ingreep te rechtvaardigen. Aan andere afwegingen die te maken hebben met de beroepsmoraal van de arts en waarden als lichamelijke integriteit komt even-

418 M. Kuijsters en P. van der Lee, “Man zonder been”, *Psychologie Magazine*, juli/augustus 2005, <[www.psychologiemagazine.nl/psychologie/show/id=45775](http://www.psychologiemagazine.nl/psychologie/show/id=45775)>. Zie ook de website <[www.biid.org](http://www.biid.org)> die volledig aan deze stoornis is gewijd.

419 C. Elliott, “A new way to be mad”, *The Atlantic Monthly*, december 2000, <[www.theatlantic.com/issues/2000/12/elliott.htm](http://www.theatlantic.com/issues/2000/12/elliott.htm)>.

420 Den Hartogh 1996, p. 154.

eens een belangrijke functie toe. Vanuit de welbekende benadering van ethici Beauchamp en Childress bezien is niet alleen het principe van autonomie hier aan de orde, maar ook dat van weldoen en niet-schaden. De vraag is daarom of amputatie in BIID-gevallen niet alleen in overeenstemming is met de autonomie van de patiënt, maar ook voldoet aan deze twee andere beginselen, zoals men ten aanzien van geslachtsverandering in het geval van transseksualiteit aanneemt.

Tot op zekere hoogte is het verzoek van BIID-patiënten om amputatie vergelijkbaar met dat van transseksuelen om een geslachtsveranderende operatie. Veelal hebben de mensen die met deze wens rondlopen net als transseksuelen hun verlangen jarenlang doordacht en zich van alle consequenties vergewist. Dat de verwezenlijking van hun verlangen in strijd met hun waardigheid zou zijn, is voor hen een absurde gedachte. Daar komt bij dat niemand schade van hun actie zal ondervinden. Dat bovendien amputatie zonder hulp van een arts bijzonder gevaarlijk is, laat zich raden. In tegenstelling tot transseksualiteit ontbreekt desondanks de maatschappelijke en juridische acceptatie.

Wat is dan het verschil met de casus van transseksualiteit? In tegenstelling tot BIID is transseksualiteit in de loop der tijd een *medisch erkend* verschijnsel geworden. Blijkbaar is de motivatie van de persoon in kwestie niet genoeg om als rationeel beschouwd te worden. Pas wanneer de medische wereld de wilsact van de persoon in kwestie als redelijk heeft bestempeld, is men bereid de beschikking over het lichaam vrij te geven. Zo wordt er via voorgeschreven bemiddeling van de medische wereld een waarborg ingebouwd dat de lichamelijke ingreep 'rationeel' verantwoord is. Deze vorm van paternalisme beoogt zekerheid ten aanzien van het rationaliteitsgehalte van een bepaalde handeling via binding aan een medisch oordeel. Zoals in paragraaf 3.1.2 reeds naar voren kwam, zien we in regelgeving als de WGBO die gedachte terug in de belangrijke rol die de medisch professionele standaard wordt toebedeeld: men dient de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen.<sup>421</sup> Al hoewel de instemming van de patiënt in spe een voorwaarde is voor de ingreep, is daarnaast een medisch fiat vereist. Zoals gezegd zijn de abortus- en euthanasie-wetgeving daar ook een goed voorbeeld van: een rationeel gemotiveerd verzoek is op zichzelf onvoldoende.<sup>422</sup> Den Hartogh spreekt in deze context van bepaalde, voorgegeven *subjectieve belangen* die erkenning vinden in het recht.<sup>423</sup> Het subjectieve belang dat bij transseksualiteit bijvoorbeeld speelt, is dat sommige mensen een andere gender-identiteit kunnen hebben dan hun fysionomie doet voorkomen. Dat is echter niet hetzelfde als een volledig recht op lichamelijke zelfbeschikking zelfdefiniëring. Slechts wanneer het subjectieve belang medisch is erkend, wordt de ingreep legitiem.

421 "De hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen en handelt daarbij in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard" (art. 7:453 BW).

422 Zie 1.3.

423 Den Hartogh 2003a, p. 98.

Subjectieve belangen moeten onderscheiden worden van *objectieve belangen*: bij de formulering van een objectief belang leggen de belangen van het subject zelf weinig gewicht in de schaal. Met andere woorden, het te beschermen belang vormt dan een objectief rechtsgoed.<sup>424</sup> Dat brengt ons bij de laatste groep van mogelijk rechtvaardigingsgronden voor de inperking van lichamelijke zelfbeschikking: juridisch moralisme. Hierin wordt een belangrijke plaats toegekend aan objectieve belangen. Een moralistische begrenzing van lichamelijke zelfbeschikking wordt, in tegenstelling tot een paternalistische, gerechtvaardigd *ongeacht* de mogelijk positieve of negatieve gevolgen voor het individu. De handeling moet worden beperkt wegens haar intrinsiek immorele karakter of, hiermee samenhangend, ter voorkoming van perversering van de samenleving (wat dat laatste betreft kan juridisch moralisme vergeleken worden met een bepaalde variatie op het schadebeginsel). Naast paternalistische redeneringen, kan ook op deze wijze een verbod op de amputatie van gezonde ledematen in het geval van lichaamsdismorfie gerechtvaardigd worden.

Deze argumentatiewijze kennen we in haar meer conservatieve vorm van denkers als Devlin. Toch is zij niet voorbehouden aan dergelijke radicale denkers. Ook wijd verbreide argumentaties die zich baseren op de menselijke waardigheid kunnen ertoe gerekend worden, wanneer zij uitgaan van de onvervreemdbaarheid van die waardigheid, hoe rationeel beredeneerd de motivaties van de rechtsdrager ter verwerping van die waarde ook zijn. Men spreekt dan eerder in termen van *de* menselijke waardigheid dan *zijn* of *haar* menselijke waardigheid. Ook lichamelijke integriteit kan als een subjectief en een objectief belang worden uitgelegd, zo hebben we in 3.1.3 gezien.

Wanneer het de biotechnologische revolutie betreft, zullen de grenzen van lichamelijke handelingsvrijheid vooral worden gevormd door overwegingen die te maken hebben met de menselijke waardigheid en lichamelijke integriteit. Via dat waardigheidsbegrip tracht men de morele en symbolische lading van de betekenis die het menselijk lichaam voor de meesten van ons heeft onder woorden te brengen. Hoewel minder omstreden, kunnen argumenten die op een dergelijke interpretatie van de menselijke waardigheid berusten wel degelijk moralistisch worden genoemd. Om die reden staan inperkingen van de individuele vrijheid op grond van de menselijke waardigheid, hoewel een algemeen aanvaard beginsel, al snel ter discussie. In Tighelaars woorden:

“In de praktijk van een pluralistische samenleving met uiteenlopende morele opvattingen krijgt moralistisch recht [...] minder kans. Weliswaar kan men, ook in onze samenleving, nog wel spreken van gedeelde waarden. Deze komen bijvoorbeeld tot uiting in mensenrechtelijke noties als lichamelijke integriteit en menselijke waardigheid. Toch vragen deze gemeenschappelijke waarden steeds om een debat over de concrete invulling en afweging daarvan en kunnen [...] bovendien op een kritische

424 Den Hartogh 2003a, p. 99.

beoordeling rekenen als deze waarden vaag blijven en als legitimatie worden aangedragen voor vrijheidsbeperkend overheidsoptreden.”<sup>425</sup>

Hoewel de idee van menselijke waardigheid ten grondslag ligt aan de subjectieve vrijheden, en bovendien mede berust op het vermogen van de mens tot zelfwetgeving, kan zij in uiterste gevallen toch in de weg staan aan de uitoefening van diezelfde subjectieve vrijheden. Afhankelijk van de interpretatie van menselijke waardigheid die men hanteert, legt de menselijke waardigheid beperkingen op aan zelfbeschikking vooral daar waar het handelingen met het menselijk lichaam betreft. Het lichaam is volgens dergelijke redeneringen dermate verbonden met een ieders persoonlijkheid, dat het bij aantastingen van deze verbondenheid uiteindelijk de menselijkheid en waardigheid van de mens zijn die op het spel staan. De gedachte is dat dan eveneens de basis voor de vrijheden onderuit wordt gehaald. Anders gezegd, de vrijheden stuiten daar op hun grenzen, waar zij aan hun eigen grondslagen en mogelijkheidsvoorwaarden raken, en zichzelf daarmee dreigen op te heffen. In paragrafen 3.2 en 3.3 zal ik de juridische interpretatie van de menselijke waardigheid aan de hand van het Franse en Europese recht verder analyseren.

De meest waarschijnlijke reden dat paternalistische en moralistische beperkingen op lichamelijke zelfbeschikking veelal toelaatbaar worden geacht is dat het menselijk lichaam nog altijd een bijzondere betekenis toekomt in de huidige samenleving. Op grond van deze betekenis heeft het lichaam een eigen status, ook los van de waarde die het subject er zelf aan zegt te hechten. Het respect waarmee het menselijk lichaam wordt benaderd is daarom niet geheel een afgeleide van het respect voor de autonomie van de persoon. Deze zelfstandige beschermwaardigheid van het lichaam en de lichamelijke integriteit heeft eveneens zijn weerslag op het gezondheidsrecht. In de regulering van handelingen met het lichaam wordt niet alleen lichamelijke zelfbeschikking als uitgangspunt gehanteerd. Andere rechtsbeginselen op grond waarvan het lichaam een zelfstandige, morele en juridische status wordt gegeven kleuren eveneens het juridische kader, zodat in de meeste gevallen een afweging noodzakelijk is.

Zo kunnen vanuit het kader van het zelfbeschikkingsrecht de bestaande inperkingen van de zelfbeschikking niet worden benoemd en geanalyseerd. Hoewel dat een voor de hand liggende observatie lijkt, houdt Leenen ook wat betreft de inperkingen van het zelfbeschikkingsrecht vol dat een op zelfbeschikking gerichte benadering volstaat:

“Inbreuken op het zelfbeschikkingsrecht worden door dat recht zelf genormeerd. De mens mag niet worden beroofd van wat zijn wezen uitmaakt, niet tot object wor-

---

425 Tigchelaar 2001, p. 175.

den gemaakt en tot een middel worden gedegradeerd. Hij moet de mogelijkheid houden zijn leven volgens eigen opvatting te leven.”<sup>426</sup>

Deze visie op de inperkingsgronden van lichamelijke zelfbeschikking gaat aan de kern van het probleem voorbij. De vraag blijft of het zelfbeschikkingsrecht moet worden gerespecteerd zelfs wanneer men zichzelf vrijwillig berooft van wat zijn wezen uitmaakt, zich tot een object maakt of tot een middel degradeert. Het antwoord op deze vraag is cruciaal voor de juridische inkadering van de medische biotechnologie. Kortom, het lichamenlijk zelfbeschikkingsrecht is in meerdere opzichten problematisch. De kritiek die Sluyters in 1985 in zijn oratie op Leenens zelfbeschikkingsleer formuleerde is nog altijd valide:

“Ik zou menen dat het verkeerd is naar Nederlands recht van een recht op zelfbeschikking te spreken. Zeker, het beginsel van de zelfbeschikking, de autonomie, de zelfontplooiing is fundamenteel voor onze samenleving en ons recht. Het komt tot uitdrukking in tal van rechtsregels, maar, uitgewerkt en na afweging tegen andere belangen gespecificeerd. [...] Het beginsel van zelfbeschikking kan geen pijler van het gezondheidsrecht zijn en daaraan eenheid verschaffen, omdat het niet specifiek is voor de gezondheidszorg en omdat het binnen de gezondheidszorg te weinig zaligmakend is.”<sup>427</sup>

Er is geen basis in het geldende recht om te spreken van een werkelijk recht om vrijelijk over het eigen lichaam te beschikken, slechts van zelfbeschikking in de zin van het vereiste van informed consent. Bovendien vertoont het zelfbeschikkingsrecht in rechtsdogmatisch opzicht gebreken bij de analyse van de regulering van de medische praktijk. Zoals Van der Burg en Oevermans schrijven, schiet “het zelfbeschikkingsrecht [...] in een aantal gevallen duidelijk tekort voor een goede structurering van centrale problemen”.<sup>428</sup> Als voorbeeld van dit tekort noemen zij pasgeboren kinderen en comateuze patiënten. Hoe kan zelfbeschikking in hun gevallen als leidraad functioneren? Beide groepen zijn niet in staat hun wil te bepalen.

“De oriëntatie op het zelfbeschikkingsrecht als pijler van het gezondheidsrecht leidt hier tot een onhoudbare redenering en brengt het risico met zich mee dat belangrijke normatieve vragen op de achtergrond komen. We kunnen daarbij denken aan de vraag of dit handelen in strijd was met het vereiste respect voor de menselijke waardigheid en voor het menselijk leven. [...] Het beroep op het zelfbeschikkings-

426 Leenen 2000, p. 35.

427 B. Sluyters, *Geknipt verband* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1985, p. 19-21.

428 Van der Burg en Oevermans 1994, p. 190.



recht brengt ons, lijkt het, slechts tot juridische ficties en gewrongen constructies die weinig behulpzaam zijn bij een adequate benadering van de problematiek.<sup>429</sup>

In 8.2 wordt het rechtswetenschappelijke tekort van het lichamelijk zelfbeschikkingsrecht bekeken aan de hand van de juridische status van het lijk, het non-commercialiteitsbeginsel en het verbod op verschillende vormen van kunstmatige voortplanting.

Een van de stellingen die in dit onderzoek wordt verdedigd luidt daarom dat de menselijke waardigheid, als beginsel waarin mede de morele waarde van het menselijk lichaam tot uitdrukking wordt gebracht, een noodzakelijke aanvulling vormt om tot een juiste uitleg te komen van de juridische benadering van de lichamelijke aspecten van het menselijk bestaan. De eenzijdigheid van de zelfbeschikkingsleer berust op een veronachtzaming van de bijzondere status die het lichaam in recht en ethiek geniet. Ons huidige gezondheidsrecht berust op een mengvorm van een persoons- en een lichaamsgerichte benadering. De zelfbeschikkingsleer richt zich geheel op de persoonsgerichte benadering, en gaat voorbij aan de lichaamsgerichte benadering. Wat dat betreft kan worden gesproken van het vergeten lichaam in het gezondheidsrecht, zoals Zwart spreekt van een vergeten lichaam in de gezondheidsethiek.<sup>430</sup>

### 3.1.6 *Het vergeten lichaam van het gezondheidsrecht*

Zoals in paragraaf 3.1.1 is beschreven kan de nadruk op het zelfbeschikkingsrecht in zowel gezondheidsethiek als gezondheidsrecht begrepen worden als een reactie op de medicalisering van de samenleving. Zwart laat in zijn artikel *Het vergeten lichaam in de ethiek* zien dat de Nederlandse gezondheidsethiek zich met name afzette tegen het natuurwetenschappelijke mensbeeld van de geneeskunde. Binnen een dergelijk mensbeeld is slechts aandacht voor het geobjectiveerde menselijk lichaam, en dreigt het subject geheel uit beeld te raken. De gezondheidsethiek die in de jaren zeventig opkomt is een poging de objectivering van de mens die de medisch-technologische imperatief op die manier teweegbrengt een halt toe te roepen door een hernieuwde aandacht voor de persoon van de patiënt. Door de mondigheid en autonomie van de patiënt centraal te stellen, en waarborgen in te bouwen voor inspraak van de patiënt in de geneeskundige behandeling, wordt verzet geboden tegen de medische objectivering van de mens. Met andere woorden, door *subjectivering* van de gezondheidsethiek en het gezondheidsrecht tracht men bescherming te bieden tegen de *objectivering* van de mens in de geneeskunde. Daarmee opereren de geneeskunde en de gezondheidsethiek echter in hetzelfde dualistische denkkader. De gezondheidsethiek vervangt het

429 Van der Burg en Oevermans 1994, p. 189.

430 H. Zwart (1993b), "Het vergeten lichaam in de ethiek", *Medisch Contact* 1993, nr. 23, p. 719-721.

eenzijdige mensbeeld van de geneeskunde door een tegengesteld, maar even eenzijdig mensbeeld. In de woorden van Zwart:

“De vraag is echter of deze ‘nieuw’ medische ethiek – die vaak als gezondheids-ethiek wordt aangeduid – er werkelijk in geslaagd is de mens *als geheel* weer in het zicht te brengen. Volgens Dupuis is de geneeskunde eenzijdig omdat zij enkel oog heeft voor de mens als object, verdinglijkt lichaam. De vraag is dan of de gezondheidsethiek erin is geslaagd deze eenzijdigheid terug te dringen door een mensbeeld te verwoorden dat zowel recht doet aan de objectieve als aan de subjectieve aspecten van de mens. De stelling die ik [...] wil verdedigen luidt, dat dit *niet* het geval is. [...] De afstand tussen geneeskunde en medische ethiek is kleiner dan op het eerste gezicht lijkt. Beide vertogen aanvaarden een dualistische scheiding tussen persoon en lichaam, tussen subject en object. Terwijl in de geneeskunde het subject verdwijnt, wordt in de medische ethiek het lichaam vergeten. Noch de geneeskunde, noch de medische ethiek doet recht aan de mens als ‘individueel’ als een geïntegreerde eenheid van subjectieve en objectieve componenten.”<sup>431</sup>

Sterker nog, op die manier heeft de gezondheidsethiek in wezen de instrumentalistische benadering van het menselijk lichaam van de geneeskunde overgenomen, stelt Zwart in ander werk.<sup>432</sup> De geneeskundige objectivering van het lichaam blijft in de zelfbeschikkingsbenadering onbetwist. Ook het beschikkingsdenken blijft gehandhaafd: het lichaam wordt echter niet langer aan de medisch-technische beschikkingsmacht, maar aan de beschikkingsmacht van de mondige patiënt onderworpen. Lichaam en geest kunnen in dit conceptuele kader slechts gescheiden gestalten krijgen, niet als een eenheid die aan de menselijke persoonlijkheid ten grondslag ligt. Zwart stelt daarom

“dat de gangbare gezondheidsethiek gebukt gaat onder een inadequate thematisering van de verhouding tussen persoon en lichaam in zoverre zij de dualistische mensvisie, waarin de persoon respect verdient maar het lichaam louter in instrumentele zin wordt opgevat, kritiekloos van de geneeskunde heeft overgenomen”.<sup>433</sup>

Een zelfde kritiek laat zich formuleren ten aanzien van het gezondheidsrecht. Via het zelfbeschikkingsrecht wordt de nadruk op de geestelijke zijde van het rechtssubject gelegd. Alleen de juridische bescherming van de *geestelijke* aspecten van het menselijk bestaan wordt door het zelfbeschikkingsrecht gereflecteerd, niet de juridische bescherming van de *lichamelijke* dimensie van de menselijke persoon. Deze nadruk is tot op zekere hoogte gegrond. Door de patiënt zeggenschapsrech-

431 Zwart 1993b, p. 719.

432 Zwart 1995a, hoofdstuk 3. Zie ook H. Zwart, “De morele betekenis van onze biologische natuur. Ethische aspecten van postmenopauzaal moederschap”, *Tijdschrift voor Geneeskunde en Ethiek* 1994-2, p. 39-42.

433 Zwart 1995a, p. 38.

ten toe te kennen in de gezondheidszorg kan hij worden beschermd tegen een invasieve en autoritaire geneeskundige praktijk, waarbinnen de patiënt dreigt te worden gedegradeerd tot slechts zijn lichaam. Bovendien zullen de meeste personen er belang aan hechten dat hun lichamelijke integriteit wordt beschermd, zodat in de praktijk respect voor de geestelijke zijde van het subject eveneens respect voor de lichamelijke integriteit vooronderstelt. Een persoonsgerichte benadering waarborgt in de meeste gevallen wel degelijk de bescherming van het lichaam, en kan veelal worden opgevat als een subjectieve uitdrukking van de eenheid van persoon en lichaam.

Door het zelfbeschikkingsrecht tot het overkoepelende en leidende principe van het gezondheidsrecht te verheffen, is het gezondheidsrecht in zijn streven naar subjectivering echter te ver doorgeschoten. In een zelfbeschikkingsbenadering is geen ruimte om de bijzondere betekenis en status tot uitdrukking te brengen die het lichaam ook los van een ieders persoonlijke visie in de meeste deelgebieden van het recht heeft. Aangezien Leenens benadering bepalend is geweest voor de Nederlandse rechtsdogmatiek op dit terrein, is een algemene rechtsdogmatische veronachtzaming van de beschermwaardigheid van het menselijk lichaam het gevolg. Het rechtssubject wordt niet als een belichaamde persoon voorgesteld, maar als beschikker en meester over zijn lichaam. In die zin vertoont het gezondheidsrecht dezelfde gebreken die Zwart aan de Nederlandse gezondheidsethiek toeschrijft:

“Wanneer de gezondheidsethiek stelt dat niet de arts maar de patiënt het recht heeft om over het lichaam te beschikken, corrigeert zij de geneeskunde alleen waar het de omgang met personen, niet waar het de omgang met lichamen betreft.”<sup>434</sup>

Daarmee gaat een belangrijke dimensie van de morele ervaring en van het besluitvormingsproces rondom ingrepen aan het lichaam verloren. In een op zelfbeschikking geënte benadering kan niet tot uitdrukking worden gebracht wat het lichaam tot meer dan een willekeurig gebruiksvoorwerp maakt, noch kan de verbondenheid van de persoon met zijn lichaam daarbinnen vorm krijgen. Het lichaam figureert in de heersende leer van het gezondheidsrecht slechts als voorwerp van beschikkingshandelingen. De lichaamsgerichte benadering delft zo het onderspit. Alleen met de visie van het individu wordt binnen een dergelijke benadering rekening gehouden.

Diende de introductie van het zelfbeschikkingsrecht in gezondheidsrecht en -ethiek de versterking van de positie van de patiënt in een tijdperk waarin de medische praktijk aan een bureaucratische en technologische expansie onderhevig was; in deze tijd beginnen ook andere belangen op de voorgrond te treden.

---

434 Zwart 1995a, p. 39.

De opkomst van de medische biotechnologie heeft geresulteerd in regulering waarin niet alleen de subjectieve wil en inspraak van het rechtssubject worden beschermd, maar vooral ook zijn menselijkheid, en de verbondenheid van persoon en lichaam. Deze belangen worden veelal samengevat onder de noemer van menselijke waardigheid of respect voor menselijk leven. De erkenning van de menselijke waardigheid als leidend beginsel in de regulering van de medische biotechnologie leidt tot een zekere ‘belichaming’ van het rechtssubject. De persoon wordt niet uitsluitend als een geestelijk wezen opgevat, maar als een eenheid van geest en lichaam. Respect voor de menselijke waardigheid betekent dan respect voor de mens in zowel zijn geestelijke als zijn lichamelijke aspecten.

Op die manier begint in het biomedisch tijdperk de eenzijdigheid van de Nederlandse gezondheidsrechtelijke traditie, waarin weinig ruimte is om de beschermwaardigheid van het lichaam te conceptualiseren, de rechtsdogmatiek op te breken. De regulering van de medische biotechnologie, waarin de menselijke waardigheid als centraal beginsel wordt opgevoerd, legt de gebreken van een uitsluitend op zelfbeschikking gerichte benadering bloot. Blijkens het recht dat ter regulering van de biomedische ontwikkelingen tot stand wordt gebracht, komt aan het lichaam, als wezenlijk verbonden met de persoon, nog altijd een bijzondere morele waarde toe, los van de betekenis die het subject er zelf aan geeft. Het lichaam is onaantastbaar en heeft in die zin ook in het recht nog altijd een sacrale status. “The movement from Status to Contract” is op het terrein van het menselijk lichaam (nog) niet volledig doorgezet. Dat blijkt het duidelijkst uit de consensus onder juristen dat we ons lichaam juridisch niet in eigendom hebben, en uit de beperkingen op de contractvrijheid ten aanzien van het lichaam. Autonomie vormt weliswaar van oudsher een van de fundamenteën van het privaatrecht, maar de werking ervan wordt traditioneel beperkt wanneer het om regulering van de gezondheidszorg gaat. Zoals Velaers het verwoordt:

“De zelfbeschikking is ook geen voldoende waarborg voor een verantwoorde juridische ordening in het omgaan met het menselijk leven en lichaam. In de 19-de eeuw leefde bij velen de illusie dat vrijheid – contractsvrijheid – rechtvaardige sociale verhoudingen kon creëren. ‘Qui dit contractuel, dit juste’, schreef Fouillé. In onze eeuw wint de illusie veld dat de zelfbeschikking een menswaardige omgang met het leven en de lichaam van de mens waarborgt. Uit deze bijdrage bleek dat zelfbeschikking dat niet steeds doet, dat het recht er soms moet tegen ingaan om aan het ‘authentic humane’ kansen te geven.”<sup>435</sup>

Op breder, maatschappelijk vlak begint men ervan doordrongen te raken dat het zelfbeschikkingsrecht wellicht niet slaagt in zijn opzet van versterking van de positie van de patiënt. Doordat het individu feitelijk sterk afhankelijk van

---

435 Velaers 1996b, p. 207.

anderen en kwetsbaar in de gezondheidszorg is, kan een zelfbeschikkingsrecht in de praktijk faciliterend werken ten aanzien van de medische macht waartegen het gezondheidsrecht de patiënt nu juist probeert te wapenen. Hoewel gezondheidsjuristen en -ethici terecht waarschuwen voor verlies van autonomie ten gevolge van bureaucratisering en technologisering, kan men zich afvragen of het zelfbeschikkingsrecht daar daadwerkelijk een barricade tegen opwerpt. Het zelfbeschikkingsrecht is immers niet in staat het individu feitelijk mondiger te maken. De vraag is of deze benadering werkelijk de bescherming biedt die de patiënt nodig heeft.

Mogelijk is dat een aanvullende benadering, die vertrekt vanuit een *belichaamd* juridisch persoonsbegrip, dit tekort van het zelfbeschikkingsrecht kan opheffen. Binnen een dergelijke benadering wordt de persoon opgevat als een eenheid van geest en lichaam. Niet alleen de wilsvrijheid van de persoon maar ook zijn lichaam worden daarbij als beschermwaardig gezien. Een dergelijk belichaamd persoonsbegrip is in het Franse recht en de Franse rechtsdoctrine ontwikkeld en verder uitgedacht.

### 3.2 Frankrijk: menselijke waardigheid en onbeschikbaarheid van het lichaam

#### 3.2.1 *Relativering van lichamelijke zelfbeschikking*

Zoals de Franse filosofie een sterke traditie kent in de gedachtevorming over het menselijk lichaam, zo is het menselijk lichaam ook in de Franse rechtsdogmatiek prominent aanwezig. Alleen al wegens het grote aantal juridische proefschriften dat afgelopen decennia is verschenen over de verhouding van het individu tot zijn lichaam zou het onterecht zijn wanneer men van “het vergeten lichaam” van het Franse gezondheidsrecht spreekt.<sup>436</sup> Omgekeerd komt aan het zelfbeschikkingsrecht slechts een bescheiden plaats toe in het Franse juridische denkkader rondom het menselijk lichaam. Er is in meerdere opzichten sprake van een juridische en rechtsdogmatische relativering van het zelfbeschikkingsrecht.

Allereerst ontkennen veel Franse rechtsgeleerden dat zelfbeschikking een subjectief recht vormt. Sinds enige tijd neemt het belang van zelfbeschikking in de rechtsdogmatiek (*la libre disposition de soi*) weliswaar toe, maar vooral in de vorm van een vrijheid (*la liberté corporelle*), en niet een recht (*droit de disposer de soi*). Deze stelling vormt de belangrijkste conclusie van het promotie-onderzoek van Hennette-Vaucher. Zoals reeds blijkt uit de titel, *Disposer de soi? Une analyse du*

436 Zie voor een overzicht tot 2004, S. Hennette-Vaucher, *Disposer de soi? Une analyse du discours sur les droits de la personne sur son corps* (diss. Paris I), Parijs: L'Harmattan 2004, p. 430-431. In dit onderzoek wordt gebruik gemaakt van de proefschriften van Prieur, Hennette-Vaucher, Binet en Bioy.

*discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, staat in dit proefschrift de vraag centraal of een recht op lichamelijke zelfbeschikking in het Franse recht verankerd ligt. Wat Hennette-Vauchez vooral tegenstaat aan de conceptualisering van zelfbeschikking in de vorm van een subjectief recht is dat lichamelijke zelfbeschikking in beginsel naar binnen is gericht, en daarmee een intrasubjectieve dimensie kent. Hoewel voor realisatie van zelfbeschikkingswensen veelal de hulp van anderen is vereist, betreft zelfbeschikking primair de verhouding van de persoon tot zijn eigen lichaam. Subjectieve rechten daarentegen vooronderstellen een relatie tot anderen, ofwel intersubjectiviteit. Het bezwaar van Hennette-Vauchez luidt in haar eigen woorden:

“[...] que si la notion de droit subjectif ne saisit pas les rapports de la personne à son corps, du moins dans leur dimension de disposition, ce peut être du fait de l'absence, dans cette hypothèse, de toute *intersubjectivité*. En effet, le sujet qui exerce un pouvoir de disposition sur son corps est dans une relation *intra-subjective* à lui-même; aucune alterité n'est possible, il n'a personne à qui opposer ce pouvoir – qui, dès lors, ne peut être qualifié 'de droit'” [cursivering BvB].<sup>437</sup>

Een andere redenering is dat het recht weliswaar de ruimte laat voor lichamelijke zelfbeschikking, maar dat die feitelijke ruimte geen deel uitmaakt van een subjectief recht. Het hedendaagse recht houdt zich in die optiek gewoonweg afzijdig van handelingen die de zuivere verhouding van de persoon tot zijn lichaam betreffen. Zo kan uit het feit dat zelfmoord en zelfmutilatie geen deel uitmaken van het strafrecht, niet worden afgeleid dat men ook een daadwerkelijk recht op zelfmoord of zelfmutilatie zou hebben. Het recht laat die handelingen ongemoeid, omdat zij volledig zelfgericht zijn, en er voor de verrichting van deze handelingen geen hulp van buitenaf noodzakelijk is in de vorm van diensten of toegang tot faciliteiten, zoals van medische aard. Zodra er wel derden in het spel zijn, intervenueert het recht wel degelijk, hetgeen blijkt uit het feit dat hulp bij zelfdoding en zelfmutilatie wel strafbaar zijn. Voor Fabre-Magnan vormt dit aanleiding om het bestaan van een *recht* op lichamelijke zelfbeschikking te ontkennen:

“Certes, on peut toujours, pour soi-même, décider de se maltraiter [...] et on a même la possibilité de se suicider. Il s'agit cependant là encore d'une liberté en non pas d'un droit; en d'autres termes, le droit n'a pas à (et d'ailleurs ne peut pas) empêcher ces actes, mais on ne peut en déduire pour autant qu'il devrait y apporter son aide ou sa caution. [...] La faculté de se maltraiter ou de se suicider n'est pas un 'droit' de se maltraiter ou de se suicider: elle relève du rapport de soi à soi et non pas du droit. En revanche, [...] la faculté de disposer librement de son corps n'est pas un droit d'accepter qu'autrui y porte atteinte, et encore moins un droit

437 Hennette-Vauchez 2004, p. 354.

pour autrui d'y porter atteinte dès lors qu'il s'est assuré du consentement de sa victime.”<sup>438</sup>

Juister is het volgens Fabre-Magnan om van een vrijheid te spreken, maar dan nog beschermt het recht die vrijheid niet in alle gevallen. Zo stelt zij dat het ondenkbaar is dat iemand die een ander van zelfmoord afhoudt aansprakelijk wordt gesteld of strafrechtelijk wordt vervolgd.<sup>439</sup> Zelfmoord en zelfmutilatie getuigen van een feitelijke beschikking over het lichaam, niet een juridische. Volgens Hennette-Vauchez behoort zelfmoord om die reden tot “une sphère de non-droit”, en moet zelfmoord worden gezien als “un fait déjuridisé”.<sup>440</sup>

Als zelfbeschikking niet algemeen wordt erkend als subjectief recht, dan blijft de mogelijkheid bestaan dat zelfbeschikking in ieder geval als beginsel in het Franse recht fungeert. Inderdaad spreken veel auteurs, zoals we boven zagen, van een juridische erkenning van lichamelijke vrijheid, *la liberté corporelle*. Toch wordt ook op dit punt de ruimte voor zelfbeschikking ingeperkt. Of zelfbeschikking nu als een subjectief recht, een vrijheid of een beginsel moet worden opgevat, zelfbeschikking wordt begrensd en gefundeerd door principes die kenmerkend zijn voor een lichaamsgerichte benadering, zo blijkt uit de Franse wetgeving, rechtspraak en rechtsdogmatiek. De voornaamste onder die principes is de menselijke waardigheid, uitgelegd als een beginsel waarin de verbondenheid tussen persoon en lichaam juridisch gestalte krijgt.

In de volgende paragraaf wordt uiteengezet hoe de juridische verwijzingen naar de menselijke waardigheid in de jaren negentig vooral kunnen worden begrepen als een poging om de persoon in het recht een lichaam te geven. Het klassieke, juridische persoonsbegrip is immers een abstractie van de biologische werkelijkheid. Deze “belichaming” van de rechtssubjectiviteit op grond van de menselijke waardigheid resulteert echter in zekere objectiefrechtelijke beperkingen van de beschikkingsvrijheid en de subjectiefrechtelijke autonomie. Zelfbeschikking stuit niet alleen op haar grenzen daar waar de zelfbeschikking van anderen in het geding is, zoals Leenen met betrekking tot het Nederlandse recht beweert, maar zal evenmin mogen worden aangegrepen om de eenheid tussen persoon en lichaam op enigerlei wijze aan te tasten en daarmee de menselijke waardigheid te ondergraven. Sterker nog, zowel de ruimte voor lichamelijke zelfbeschikking, als de begrenzing van die ruimte worden bepaald door *le principe de dignité de la personne humaine*. De redenering is dat lichamelijke beschikking slechts zover kan reiken als verenigbaar is met de menselijke waardigheid, aangezien het de menselijke waardigheid is die volgens de Franse rechtsdoctrine aan de juridische

438 M. Fabre-Magnan, “Le sadisme n'est pas un droit de l'homme”, *Recueil Dalloz* 2005, Chron. p. 2978.

439 Fabre-Magnan 2005, p. 2978, voetnoot 33.

440 Hennette-Vauchez 2004, p. 152.

erkenning van lichamelijke zelfbeschikking ten grondslag ligt. Kortom, de menselijke waardigheid wordt beschouwd als het fundament én de beperkingsgrond van de beschikkingsvrijheid met betrekking tot het lichaam.

In breder opzicht kan worden gesteld dat niet zelfbeschikking maar de menselijke waardigheid het meest invloedrijke beginsel vormt in de juridische regulering van de omgang met het menselijk lichaam. Zo concludeert Stéphane Prieur in zijn proefschrift over de juridische verhouding van het individu tot zijn lichaam dat in het Franse recht “la dignité humaine est la notion-clé qui gouverne la qualification et le régime de la disposition juridique ‘corporelle’.”<sup>441</sup> Hoewel hij, in tegenstelling tot bijvoorbeeld Hennette-Vauchez en Bioy, wel degelijk van een *recht* op lichamelijke zelfbeschikking spreekt, constateert ook hij dat de werking van dit subjectieve recht wordt beperkt door het objectieve recht, in de vorm van een *ordre public corporel* waarbinnen de menselijke waardigheid het sleutelbegrip vormt. Deze publiekrechtelijke begrenzing van het zelfbeschikkingsrecht beschouwt Prieur als een van de drie niveaus waarop de menselijke waardigheid invloed uitoefent op de juridische status van het menselijk lichaam. Een tweede niveau betreft de privaatrechtelijke kwalificatie van het lichaam. Men beschikt niet over zijn lichaam als over een zaak in privaatrechtelijke zin. Tot slot ziet hij in de menselijke waardigheid de reden dat het door hem beredeneerde recht om zelf over het lichaam te beschikken als een persoonlijkheidsrecht moet worden gezien. Dat het rechtssubject tot op zekere hoogte de vrijheid heeft zelf over zijn lichaam beschikken hangt samen met zijn menselijke waardigheid. In Prieurs woorden:

“Le droit de disposer juridiquement de son propre corps est un droit subjectif qui présente une identité de caractères et de régime par rapport aux droits de la personnalité. [...] La qualification de droit de la personnalité présente [...] l'utilité de fonder le droit de disposition juridique ‘corporelle’ sur la dignité humaine: celle-ci est la *cause* de l'*attribution* à l'individu d'un droit de disposition juridique de son corps.”<sup>442</sup>

Ook andere auteurs plaatsen zelfbeschikking in het kader van menselijke waardigheid. Zelfs het toestemmingsvereiste en zelfbeschikking vormen dan een afgeleide van de menselijke waardigheid. Juist doordat in de menselijke waardigheid de eenheid van lichaam en geest besloten ligt, moet het aan het individu zijn om beslissingen met betrekking tot zijn eigen lichaam te maken, zo luidt de gedachte. Bioy beschrijft de manier waarop de menselijke waardigheid tegelij-

441 S. Prieur, *La disposition par l'individu de son corps* (diss. Dijon), Bordeaux: Les Études Hospitalières 1999, p. 28.

442 Prieur 1999, p. 30.



kertijd het fundament en de beperkingsgrond van lichamelijke zelfbeschikking vormt als volgt:

“Le concept de personne humaine assure [...] l'unité objective du corps et de l'esprit ce qui permet à l'État de prohiber les atteintes à la personne qui tendraient à dissocier ces éléments. Mais cela permet aussi au sujet lui-même de se réclamer de la personne humaine pour asseoir la maîtrise de son propre corps.”<sup>443</sup>

Deze visie heeft invloed op de rol die voor informed consent is weggelegd in het recht. In haar boek over de plaats van het toestemmingsbeginsel in recht en ethiek, beschrijft Marzano hoe dit beginsel relatief moeizaam en laat erkenning heeft gevonden in het Franse recht in vergelijking met angelsaksische landen.<sup>444</sup> De Franse medische ethiek kent volgens haar van oudsher een sterk paternalistische inslag. Hoewel het vereiste van geïnformeerde toestemming sinds langere tijd tot het ongeschreven recht werd gerekend, en aspecten van dit vereiste in verschillende wetten werden erkend, heeft het toestemmingsvereiste pas in 2002 een systematische uitwerking gekregen in de vorm van een overkoepelende bepaling in de *Code de la santé publique*,<sup>445</sup> enigszins vergelijkbaar met de WGBO. Deze bescheiden plaats van informed consent hangt samen met de beperkte werking van het beginsel van autonomie voor regulering van handelingen met het menselijk lichaam:

“Le droit français ne fait pas du consentement le ‘passe-droit’ absolu qu’il devient parfois dans la pratique des pays anglo-saxons. Les exigences et les limites posées par le droit français rendent incertaine l’idée d’une application au statut du corps du principe de l’autonomie de la volonté.”<sup>446</sup>

Kortom, de juridische status van het menselijk lichaam is volgens het Franse recht niet in de eerste plaats afhankelijk van de manier waarop het individu zijn lichaam beleeft. De waarde van het menselijk lichaam is daarentegen een afgeleide van de eenheid die het lichaam vormt met de persoon. Het lichaam deelt als het ware in de objectieve waardigheid van de persoon. Wegens zijn ver-

443 X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux* (diss. Toulouse), Parijs: Dalloz 2003, p. 521.

444 Marzano 2006, p. 76 e.v.

445 Art. L1111-4 Code de la santé publique: “Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu’il lui fournit, les décisions concernant sa santé. Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l’avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d’interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en oeuvre pour la convaincre d’accepter les soins indispensables. [...] Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment.”

446 Bioy 2003, p. 513.

bondenheid met de persoon heeft het lichaam een eigen beschermwaardigheid, ook los van de subjectieve wensen van het individu in kwestie. Het vereiste van informed consent dient het doel van bescherming van het lichaam, aangezien het in de regel de persoon zelf is die zijn lichaam het best kan beschermen. De juridische beschermwaardigheid van het lichaam is dus geen afgeleide van de zelfbeschikking van het individu, maar omgekeerd vormt de juridische ruimte voor zelfbeschikking een afgeleide van de beschermwaardigheid van het lichaam. In het Franse recht zien we op die manier net als in het Nederlandse gezondheidsrecht een combinatie van persoonsgerichte en lichaamsgerichte elementen. In de Nederlandse rechtsdogmatiek ligt echter de nadruk op de persoonsgerichte zijde, in de Franse benadering op de lichaamsgerichte zijde. Een analyse van de Franse conceptie van menselijke waardigheid is van belang, aangezien het juist deze benadering is die ook in Nederland bij de regulering van biomedische technieken aan invloed wint.

### 3.2.2 De waardigheid van de menselijke persoon

Hoewel de uitgebreide rechtswetenschappelijke literatuur over de menselijke waardigheid het tegendeel doet vermoeden, kent de menselijke waardigheid als beginsel nog maar een kort bestaan in het Franse recht. Zoals Edelman in 1997 schrijft: “En droit, la dignité est un *concept nouveau*: il vient à peine de naître.”<sup>447</sup> De juridische ‘geboorte’ van dit beginsel vond plaats in de periode rondom de introductie van de zogenaamde *lois bioéthiques* uit juli 1994.<sup>448</sup> Deze drie wetten omvatten zowel de grondbeginselen voor regulering van de biomedische ontwikkelingen, als de concrete regelingen van onder meer orgaandonatie, in vitro fertilisatie en de opslag van lichaams- en embryonaal materiaal. Samen met een wet uit 1988 voor de bescherming van biomedische proefpersonen<sup>449</sup> is daarmee een overkoepelend wettelijk kader voor de regulering van de biomedische wetenschappen gecreëerd. Intussen zijn de wetten grondig herzien, met als resultaat *la loi relative à la bioéthique* uit 2004.<sup>450</sup> De beginselen die aan de bio-ethiek-wetgeving ten grondslag liggen zijn echter grotendeels ongewijzigd gebleven. Nog altijd is de menselijke waardigheid het structurerende principe van de bio-ethiek-wetgeving en is het vervat in het burgerlijk wetboek, de Code Civil (C. civ.): “*La loi assure la*

447 B. Edelman, “La dignité de la personne humaine, un concept nouveau”, in: B. Edelman, *La personne en danger*, Parijs: PUF 1999, p. 505. Oorspronkelijk verschenen in *Recueil Dalloz* 1997, chron. p. 185.

448 Loi n° 94-548 van 1 juli 1994 (*loi relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé*); en loi n° 94-653 (*loi relative au respect du corps humain*) en n° 94-654 (*loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation et au diagnostic prénatal*) van 29 juli 1994.

449 Loi n° 88-1138 van 20 décembre 1988 (*loi relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales*), ook wel genoemd “la loi Huriet-Sérusclat”.

450 Loi n° 2004-800 (*loi relative à la bioéthique*).

*primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie*" (artikel 16 C. civ.).

Ook de erkenning van de menselijke waardigheid als constitutioneel beginsel hangt met deze wetten samen. De Conseil Constitutionnel (CC), die onder meer tot taak heeft over de grondwettelijkheid van wetgeving te waken, werd verzocht zich uit te spreken over de grondwettelijkheid van een aantal bepalingen uit de twee bio-ethiekwetten van 29 juli 1994. Daarbij overwoog het constitutionele hof ten aanzien van de wettelijke beginselen die door de bio-ethiekwetten zijn gepositieerd, "que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine."<sup>451</sup> Op die manier verhief de Conseil de waardigheid van de menselijke persoon tot een beginsel van constitutionele statuut. Over de inhoud van de uitspraak kom ik pas in hoofdstuk 4 te spreken, aangezien de uitspraak de status van het embryo betreft.

Toch is het vooral in de rechtsdogmatiek dat het beginsel nader gestalte heeft gekregen, zoals blijkt uit de rijke rechtswetenschappelijke literatuur die is gewijd aan het beginsel. In een onderzoek naar het juridiseringsproces van de menselijke waardigheid wordt geconcludeerd dat de rechtsdoctrine voor de ontwikkeling van het begrip van aanzienlijk meer belang is geweest dan de rechterlijke macht.<sup>452</sup> In het slothoofdstuk over de betekenis van de menselijke waardigheid zal dan ook veel aan deze literatuur worden gerefereerd.

Voor de discussies rondom het *Perruche*-arrest tonen de mate waarin het onderwerp van de menselijke waardigheid 'leeft' onder rechtsgeleerden. Hoewel de Cour de Cassation in het bewuste arrest op geen enkele manier aan de menselijke waardigheid refereerde, vormde dit beginsel een van de belangrijkste discussiepunten in de talloze commentaren die op het arrest volgden. De eiser in deze zaak vorderde schadevergoeding wegens een fout die was gemaakt tijdens de prenatale diagnostiek voorafgaand aan zijn geboorte. Zijn wrongful life claim wordt in hoofdstuk 5 uitgelicht, evenals de interpretaties van de menselijke waardigheid waarop de Franse rechtsgeleerden zich in hun commentaren beriepen.

451 CC, déc. n° 94-343-344, 27 juli 1994, *Recueil Dalloz* 1995, Jur. p. 237, m.nt. B. Mathieu (*Bioéthique*).

452 "Assez rapidement dans le cadre de cette recherche, il est apparu un faisceau d'indices permettant de présumer un décalage entre le discours juridictionnel et le discours doctrinal relatifs au principe de dignité de la personne humaine. Tant du point quantitatif que qualitatif, il apparaissait en effet que le discours doctrinal faisait une place considérablement plus importante au principe que celle qui ressortait du discours juridictionnel. Pour ce qui était des décisions de justice recensées comme comportant le terme 'dignité', elles ne représentaient en effet un volume 'que' de 337 décisions: pas de quoi poser sur le registre de l'évidence qu'il s'agit là du fondement de tous les autres droits" (S. Hennette-Vaucher en C. Girard (red.), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Parijs: PUF 2005, p. 32).

Uit het bovenstaande blijkt dat de juridische “ontdekking van de menselijke waardigheid”<sup>453</sup> onlosmakelijk verbonden is met de totstandkoming van een juridisch kader voor de regulering van de medische biotechnologie. Doordat de Franse wetgever heeft besloten niet slechts *ad hoc* regelingen voor specifieke biomedische ontwikkelingen tot stand te brengen, maar daarnaast de moeite heeft genomen om een conceptueel kader voor deze wetgeving op te zetten, heeft de menselijke waardigheid een wettelijke verankering kunnen krijgen. De benadering van de Franse wetgever is te prijzen. Pas wanneer duidelijk is wat de belangrijkste principes in deze materie zijn, kunnen er onder strikte voorwaarden uitzonderingen op worden gemaakt. Op die manier kan ook een schijnbare tegenstrijdigheid van de wetten worden verklaard. Terwijl de bio-ethiekwetten principes als de menselijke waardigheid en het respect voor het lichaam een plaats in de Code Civil geven, introduceren diezelfde wetten in de Code de la Santé Publique juist de voorwaarden waaronder het lichaam mag worden opgedeeld en lichaamsmateriaal mag worden afgestaan.

In deze paragrafen zal vooral op de leidende beginselen van de bio-ethiekwetten worden ingegaan. Zoals gezegd heeft de Franse wetgever ervoor gekozen de meest fundamentele bepalingen onder te brengen in de Code Civil, en wel in een nieuw hoofdstuk genaamd *Du respect du corps humain*. Daarmee is de toon van de bioethische regulering meteen gezet: de titel vormt een indicatie van een lichaamsgerichte benadering. Zoals Bioy schrijft: “La doctrine, publicistes et privatistes confondus, considère que les lois bioéthiques ont entamé un mouvement d'autonomisation des normes relatives au corps.”<sup>454</sup> Het menselijk lichaam was uiteraard niet volledig afwezig in de wetgeving voorafgaand aan de bio-ethiekwetten. Waar het echter aan ontbrak was een juridisch denkkader om de juridische status van het menselijk lichaam te kunnen duiden: concepten die de jurist in staat stellen rechtssubjectiviteit en lichamelijkeheid met elkaar in verband te brengen, ofwel een juridisch persoonsbegrip waarin eveneens de lichamelijke aspecten van het menselijk bestaan zijn gerepresenteerd.

Juist bij de totstandkoming van de bio-ethiekwetten deed de behoefte aan nieuw juridisch vocabulaire zich voelen. Deze wetten omvatten regelingen voor onder meer de donatie en opslag van lichaams- en embryonaal materiaal. De feitelijke objectivering van delen van het lichaam die hierbij plaats vindt, roept vragen op over de status van dit materiaal en de verbondenheid ervan met de menselijke persoon. De volgende vraag dringt zich daarbij op: “Comment concilier d'un côté l'exigence d'une protection efficace de la personne et de l'autre l'encadrement et le développement de la circulation des éléments biologiques humains?”<sup>455</sup> Met

453 Zoals de titel luidt van een artikel van Pavia: M.-L. Pavia, “La découverte de la dignité de la personne humaine”, in: M.-L. Pavia en T. Revet (red.), *La dignité de la personne humaine*, Parijs: Economica 1999, p. 3-23.

454 Bioy 2003, p. 438.

455 J.-C. Galloux, “De corpore jus. Premières analyses sur le statut juridique du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994”, *Les Petites Affiches*

andere woorden, de biomedische objectivering van het menselijk lichaam vraagt zowel om een juridische kwalificatie van dit materiaal, als om extra maatregelen om te voorkomen dat mensen uitsluitend worden gezien als bron van biologisch materiaal.

Dit spanningsveld is voelbaar in de bio-ethiekwetten. Hoe een wettelijk evenwicht te bereiken tussen vrije wil en lichamelijkheid, tussen de subjectieve en objectieve elementen van de juridische persoon? Het traditionele rechtssubject schiet hier te kort: het is te abstract, en geeft geen rekenschap van de lichamelijke dimensie van het menselijk leven. De omgang met het eigen lichaam kan niet gelijk worden gesteld aan de verhouding van het rechtssubject tot een rechts-object. Zoals Thouvenin het verwoordt:

“Le sujet de droit est un concept trop abstrait pour permettre de régler toutes les questions sociales nées de l'utilisation du corps humain dans le cadre des technologies médicales; en effet, les personnes au sens juridique du terme, sont les êtres titulaires de droits et capable d'en jouir. Que la personnalité soit au regard du droit la capacité juridique ne permet pas de rendre compte du rapport d'intimité que la personne humaine entretient avec son corps. En effet [...] le modèle du sujet de droit permet d'organiser les rapports des personnes juridiques avec des objets; on a donc affaire à un système dans lequel l'existence du sujet induit quasi automatiquement un rapport avec des choses. C'est pour cette raison qu'appliqué au corps humain, ce type de relation était inadéquat car il obligeait, qu'on le veuille ou non à penser le corps humain comme un objet dissocié de la personne, gommant par là même son caractère sacré.”<sup>456</sup>

Volgens haar is daarin de wezenlijke bijdrage van de bio-ethiekwetten aan de Code Civil gelegen: een nieuw juridisch persoonsbegrip dat, in tegenstelling tot het concept *rechtssubjectiviteit*, het mogelijk maakt het lichaam en de juridische persoon in onderlinge samenhang te beschouwen. “C'est donc bien une nouvelle figure différente du sujet de droit qui est introduite dans le Code Civil. [...] Cette personne-là n'est pas seulement un concept abstrait, elle est en quelque sorte incarnée.”<sup>457</sup> Met een beroep op dit ‘belichaamde’ persoonsbegrip kan het lichaam in het recht worden gerepresenteerd, zonder dat de band tussen de persoon en zijn lichaam wordt doorgesneden. De regulering van de medische biotechnologie vraagt om een juridisch persoonsbegrip dat niet langer van de lichamelijke aspecten van het menselijk bestaan abstraheert. Dit nieuwe persoonsbegrip is de *personne humaine*, de menselijke persoon. Het vloeit voort uit het beginsel van de menselijke waardigheid, dat is neergelegd in artikel 16 C. civ. Sterker nog, het

14 december 1994, nr. 149, p. 18.

456 D. Thouvenin, “La personne et son corps: un sujet humain, pas un individu biologique”, *Les Petites Affiches* 14 december 1994, nr. 149, p. 26.

457 Thouvenin 1994, p. 26-27.

tekort van het traditionele persoonsbegrip ten aanzien van het menselijk lichaam vormt de meest waarschijnlijke oorzaak van de opkomst van de menselijke waardigheid en de menselijke persoon in het recht. De conclusie is gerechtvaardigd “que l’incapacité de la personnalité juridique technique à prendre en compte le rôle du corps auprès du sujet a sans doute suscité la personne humaine”.<sup>458</sup>

Dat de menselijke waardigheid met bijbehorend persoonsbegrip een bepaald beeld van het menselijk lichaam vooronderstelt, blijkt uit al uit de titel van de afdeling in de Code Civil waarin het beginsel is opgenomen (“Du respect du corps humain”). De inhoud van de overige bepalingen van die afdeling hebben eveneens betrekking op handelingen met het menselijk lichaam en embryo. Zij betreffen onder meer de onschendbaarheid van het lichaam (artikel 16-1 t/m 16-3), de integriteit van het menselijk ras (artikel 16-4), het verbod op eugenetische praktijken en reproductief kloneren (artikel 16-4), de onttrekking van het lichaam aan het handelsverkeer (artikel 16-1 en 16-5) en de nietigheid van draagmoedercontracten (artikel 16-7). Hoe moet de menselijke waardigheid van artikel 16 worden begrepen temidden van deze bepalingen? Gezien de plaatsing in het eerste artikel van de afdeling kan de menselijke waardigheid in de woorden van Mémeteau worden vergeleken met “l’ouverture annonçant les thèmes de la symphonie”, een symfonie die is gecomponeerd rondom het thema van de waardigheid van de menselijke persoon.<sup>459</sup> Ook de Conseil Constitutionnel is die mening toegedaan, zo blijkt uit de eerder geciteerde uitspraak over de bio-ethiekwetten. Tot slot wordt de menselijke waardigheid ook in de rechtsdogmatiek beschouwd als de *primaire* grondslag van de juridische status van het menselijk lichaam.<sup>460</sup>

Hoewel het lichaam blijkens de formulering van artikel 16-1 C. civ. een eigen beschermwaardigheid toekomt, is het in wezen het respect voor de menselijke persoon dat hier in de bescherming van het lichaam doorwerkt.<sup>461</sup> Het lichaam deelt in de waardigheid van de menselijke persoon, omdat het lichaam een eenheid vormt met de menselijke persoon. Met andere woorden, aan het beginsel van menselijke waardigheid ligt de eenheid van persoon en lichaam ten grondslag. De menselijke persoon is een nieuwe rechtsfiguur waarin de eenheid van geest en lichaam, van persoonlijkheid en lichamelijkheid, tot uitdrukking wordt gebracht. Het resultaat is dat in de *personne humaine* abstractie en gesitueerdheid, vrije wil en lichamelijke gebondenheid, en subjectieve en objectieve componenten bijeenkomen. Zoals Bioy het treffend verwoordt:

458 Bioy 2003, p. 321.

459 Geciteerd door Prieur (Prieur 1999, p. 81) uit: G. Mémeteau, *Les greffes thérapeutiques de tissus embryonnaires et fœtaux*, JIB 1995, vol. 6, p. 26.

460 Zie onder meer Galloux: “Le statut civil du corps humain trouve sa source dans la primauté de la personne (art. 16 C. civ.)” (Galloux 1994, p. 19); en Prieur: “Pourquoi l’individu a-t-il un droit au respect de son corps? La réponse se trouve dans l’article 16 C. civ., véritable pierre angulaire sur laquelle est forgée la totalité du statut du corps humain” (Prieur 1999, p. 81).

461 “Si le corps humain fait son entrée dans le Code Civil, c’est bien comme lié à la personne; [...] c’est moins du corps humain en tant que tel qu’il est question que du *respect de la personne* au travers de son corps” (Thouvenin 1994, p. 26).

“S’efface alors la séparation entre d’une part l’abstraction qu’est la personnalité juridique individuelle, concrétisée par le régime d’expression de la volonté et d’autre part cette réalité corporelle difficilement prise en compte par le droit (qui ne peut, logiquement, que lui attribuer la qualité d’objet). Le concept de personne humaine juridique assure désormais l’unité de ces deux éléments de nature juridiquement très différentes: la personne et le corps.”<sup>462</sup>

Daarmee lijkt de *personne humaine* overeen te komen met het persoonsbegrip dat Zwart bepleit als alternatief voor het lichaamloze subject van de Nederlandse gezondheidsethiek. In het eerder genoemde artikel over de plaats van het lichaam in de gezondheidsethiek roept hij op tot “een andere invulling van het persoonsbegrip [...], een invulling waarbij het lichaam uitdrukkelijk wèl tot de persoon wordt gerekend en de persoon als een geïntegreerde eenheid van geest en lichaam wordt opgevat”.<sup>463</sup> Om te voldoen aan de eisen van Zwart, moet de *personne humaine* “de eenzijdigheid van het huidige persoonsbegrip” weten te overstijgen, en “recht doen aan de intrinsieke waarde van het lichaam”.<sup>464</sup> In de volgende paragraaf zal blijken dat uit de menselijke waardigheid in het Franse recht inderdaad een zelfstandige bescherming van het menselijke lichaam wordt afgeleid. Tegelijkertijd bouwt het begrip van de menselijke waardigheid voort op de wilsautonomie die het traditionele persoonsbegrip kenmerkt. Het resultaat kan een tweezijdig persoonsbegrip worden genoemd. Deze tweezijdigheid is op meerdere niveaus voelbaar. Zo kent de eenheid van persoon en lichaam een subjectieve en objectieve expressie in het recht, die in uitzonderingsgevallen met elkaar botsen.

### 3.2.3 De twee aspecten van de menselijke waardigheid

Zoals in Nederland Leenen de lichamelijke integriteit in verband brengt met zelf-beschikking, zo wordt in de Franse rechtsdogmatiek de lichamelijke integriteit gegrondvest op de menselijke waardigheid. De eenheid van persoon en lichaam die de menselijke waardigheid vooronderstelt is een uitgangspunt dat aan het persoonlijk oordeel is onttrokken. Dat brengt onder meer met zich dat aan het lichaam ook een eigen beschermwaardigheid toekomt, die losstaat van de manier waarop de persoon zijn eigen lichaam beleeft. Simpel gezegd is het menselijk lichaam op zichzelf beschermwaardig omdat het een eenheid met de persoon vormt.

De zelfstandige waarde van het menselijk lichaam blijkt ook uit de bepaling uit de Code Civil die op de onschendbaarheid van het lichaam ziet: “*Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l’objet d’un droit patrimonial*” (artikel 16-1 C.

462 Bioy 2003, p. 434.

463 Zwart 1993b, p. 720.

464 Zwart 1993b, p. 721.

civ.). Wat opvalt aan deze bepaling – “le corps humain est inviolable” – is dat het lichaam een eigen status krijgt, onafhankelijk van de opvattingen van de persoon om wiens lichaam het gaat. De bepaling brengt de intrinsieke waarde van het lichaam tot uitdrukking. Dat wil zeggen, het lichaam en daarvan afgescheiden onderdelen dragen de sporen van de menselijke persoon in zich, en verdienen op grond daarvan een zekere bescherming.

Zwart illustreert het tekort van het courante persoonsbegrip in de gezondheids-ethiek aan de hand van de status van “het levende-maar-verlaten-lichaam,” dat wil zeggen, het lichaam van een hersendode patiënt. Deze lichamen worden met respect behandeld, maar een dergelijk respect kan niet worden gegrond op een persoonsbegrip waarin de geestelijke vermogens voorop staan. De morele ervaring die het hersendode lichaam oproept laat volgens Zwart geen andere conclusie dan dat “het respect dat wij tegenover het ‘loutere lijf’ ervaren, [...] direct betrekking op dit lichaam zelf” heeft.<sup>465</sup> Slechts een persoonsbegrip waarvan ook het lichaam deel uitmaakt kan recht doen aan deze morele ervaring. Dat roept de vraag op of het begrip van de *personne humaine* eveneens strekt tot bescherming van hersendode patiënten.

Uit de uitspraak van de Conseil d’État in de beruchte *Milhaud*-affaire blijkt van wel. Professor Milhaud, verbonden aan een ziekenhuis te Amiens, verricht experimenten op het lichaam van een hersendode patiënt. De familie van de patiënt dient naar aanleiding daarvan een klacht tegen de arts in. Aangezien de patiënt formeel juridisch reeds dood was, besluit men echter de arts niet te vervolgen wegens mishandeling. Er wordt doorgeprocedeerd tot in hoogste instantie, waar de ouders uiteindelijk toch in het gelijk worden gesteld. Hoewel de Conseil d’État van oordeel is dat de bepalingen uit de beroepscode waarop de ouders zich beroepen alleen gelden voor de behandeling van levende personen, is de strekking van de uitspraak dat het levende maar verlaten lichaam van de overledene toch beschermenswaardig is. De centrale overweging van de Conseil d’État luidt:

“que les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s’imposent au médecin dans ses rapports avec son patient, ne cessent pas de s’appliquer avec la mort de celui-ci.”<sup>466</sup>

Bioy, die zijn proefschrift wijdde aan de betekenis van het juridische begrip *personne humaine*, beschouwt deze verwijzing naar de menselijke persoon als een voorbode op constitutionele en wettelijke erkenning van de menselijke waardigheid in 1994. Het arrest heeft volgens hem de opmars van de *personne humaine* in positieve recht ingeluid.<sup>467</sup> Het is aan dit belichaamde persoonsbegrip dat het gestorven lichaam bescherming ontleent. De hersendode patiënt blijft een men-

465 Zwart 1993b, p. 720.

466 CE ass. 2 juli 1993, *Recueil Dalloz* 1994, Jur. p. 74, m.nt. J.-M. Peyricol (*Milhaud*).

467 Bioy 2003, p. 444.



selijke persoon, ofschoon hij in andere opzichten niet meer als een juridische persoon is te beschouwen. De bescherming die het lichaam ontleent aan de menselijke persoonlijkheid strekt daarmee tot voorbij de dood.<sup>468</sup>

Volgens Prieur verwatert binnen een dergelijke benadering het onderscheid tussen persoon en zaak, zoals dat in hoofdstuk 2 is beschreven als een erfenis van het Romeinse recht:

“La catégorie de personne humaine transcende la distinction traditionnelle, héritée du droit romain, entre les personnes juridiques et les choses. Dans ce cas, le corps vivant comme le corps mort reçoivent la qualification juridique de personne humaine, dès lors que l’humanité du corps et la dignité inhérente à l’être humain existent pendant la vie et subsistent après la mort.”<sup>469</sup>

Met andere woorden, in de eenheid van persoon en lichaam die de *personne humaine* veronderstelt vloeien het persoons- en zaaksbegrip in elkaar over. Het lichaam deelt in de beschermwaardigheid van de menselijke persoon, zelfs na de dood wanneer er geen sprake meer is van rechtssubjectiviteit. De beschermwaardigheid van het lijk vormt daarmee een goede illustratie van de wijze waarop het lichaam een intrinsieke waarde krijgt onder het juridische regime van de menselijke persoon. Bioy spreekt in dat verband van een “statut autonomisé du corps, lié à la personne humaine”.<sup>470</sup>

Uit de *Milhaud*-uitspraak is gebleken hoe de lichamelijke integriteit wordt beschermd als een objectief rechtsgoed, dat ook na de dood wordt beschermd wegens de bijzondere verbondenheid van het lichaam met de menselijke persoon.<sup>471</sup> Als gevolg van deze objectieve beschermwaardigheid zijn er grenzen aan de lichamelijke zelfbeschikking. Uit de eenheid van persoon en lichaam wordt de algemene conclusie getrokken dat over het lichaam niet mag worden beschikt als over andere stoffelijke objecten. De beperkingen op zelfbeschikking nemen verschillende vormen aan. Zo zijn ingrepen aan het lichaam niet reeds legitiem zodra de persoon in kwestie ermee instemt, maar dienen zij daarnaast te getuigen van een medische noodzaak of een therapeutisch doel te dienen, zo blijkt uit arti-

468 Sinds december 2008 is de postmortale werking van de bijzondere status van het lichaam ook wettelijk erkend in de Code Civil door toevoeging van de volgende bepaling: “Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort” (artikel 16-1-1 C. civ.). Deze bepaling volgt direct op artikel 16-1 C. civ., waarin het respect voor het menselijk lichaam is neergelegd. Hierover meer in 8.2.3.

469 Prieur 1999, p. 98.

470 Bioy 2003, p. 438.

471 “Il est probable que, rendue après les lois relatives à la bioéthique, la rédaction de l’arrêt eut été différente. La retenue du juge ne masque cependant pas l’objectivité de la protection publique accordée à l’intégrité corporelle et sa liaison avec l’unité-dignité de la personne” (Bioy 2003, p. 445).

kel 16-3 C. civ.: “*Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.*” Bovendien valt het lichaam volgens dezelfde afdeling van de Code Civil buiten het vermogensrecht (artikel 16-1 en 16-5 C. civ.), en mag lichaamsmateriaal slechts worden gedoneerd en niet worden verkocht (artikel 16-6 C. civ.).

Daarnaast worden uit de menselijke waardigheid andere soorten beperkingen aan de lichamelijke zelfbeschikking afgeleid. Zo is het in het verbod op eugenetica, genetische manipulatie en kloneren (artikel 16-3 C. civ.) niet zozeer de beschermwaardigheid van het lichaam die tot uitdrukking wordt gebracht, als wel een bepaald collectief mensbeeld: dat van de vrije, unieke en aan anderen gelijke persoon. Dit mensbeeld wordt in hoofdstuk 8 onder de loep genomen. De gedachte achter deze verbodsbepalingen is niet alleen dat deze toepassingen van de medische biotechnologie vergaande gevolgen hebben voor de fysieke gesteldheid van individuen. De reden dat ook de menselijke waardigheid in het geding is, is dat deze technieken het symbolische mensbeeld dat aan de menselijke waardigheid en daarmee aan het recht ten grondslag ligt in de kern treffen. Dat dit mensbeeld implicaties heeft voor de toelaatbaarheid van biomedische handelingen met het menselijk lichaam, onderstreept de eenheid van persoon en lichaam die aan de basis van de menselijke waardigheid staat.

Wat deze beperkingen gemeen hebben is dat de relatie die een ieder heeft met zijn lichaam wordt onderworpen aan juridische regelingen die niet zijn terug te voeren op subjectieve vrijheden of rechten. In de rechtsdoctrine spreekt men van een *ordre public corporel*, een openbare orde met betrekking tot het menselijk lichaam, waarin de band tussen persoon en lichaam op collectief niveau wordt vormgegeven.

Deze objectiefrechtelijke bescherming van de eenheid van persoon en lichaam vormt echter slechts één zijde van het begrip van de menselijke persoon. In de *personne humaine* zijn eveneens de sporen van rechtssubjectiviteit, ofwel van het traditionele persoonsbegrip, zichtbaar. Via de menselijke waardigheid en de menselijke persoon worden immers rechtssubjectiviteit en lichamelijkheid met elkaar verbonden. Het persoonsbegrip van de menselijke waardigheid draagt ook de autonomie en de vrije wil van het traditionele persoonsbegrip in zich. Sterker nog, de eenheidsgedachte van de menselijke waardigheid vooronderstelt een zekere beschikkingsbevoegdheid met betrekking tot het eigen lichaam. Juist doordat de menselijke persoon een eenheid van lichaam en geest vormt, dient het aan het individu te zijn om beslissingen met betrekking tot zijn eigen lichaam te maken. Het is vanzelfsprekend een wezenlijke aantasting van de menselijke waardigheid als iemand wordt onderworpen aan lichamelijke ingrepen waarmee hij niet instemt, zoals duidelijk blijkt in de context van artikel 3 EVRM, waarover meer in 3.3.

Het verschil met de Nederlandse zelfbeschikkingsbenadering is dat deze ruimte voor individuele inspraak niet wordt afgeleid uit het beeld van de persoon

als een vergeestelijkt subject dat over zijn lichaam beschikt als over een extern object. Zelfbeschikking en lichamelijke vrijheid worden daarentegen gebaseerd op de verbondenheid tussen persoon en lichaam. Simpel gezegd, omdat er niets persoonlijker is dan het eigen lichaam, heeft men er in beginsel recht op zelf te beslissen wat er met het eigen lichaam gebeurt. Zo kunnen de juridische verwijzingen naar zelfbeschikking, zoals het toestemmingsvereiste voor lichamelijke ingrepen of deelname aan medische experimenten, worden beschouwd als de *subjectieve uitdrukking* van de verbondenheid tussen persoon en lichaam.<sup>472</sup>

De ruimte voor zelfbeschikking die daarmee in het leven wordt geroepen wordt echter tegelijk door hetzelfde principe begrensd. Zelfbeschikking mag niet leiden tot vernietiging van die verbondenheid. “C’est parce que la personne humaine est perçue en droit comme ce tout que la volonté forme avec le corps, que se trouve admise la liberté de disposer du corps dans la limite de ne pas nuire à cette unité qui fonde la liberté.”<sup>473</sup>

Kortom, de bescherming van de eenheid van persoon en lichaam wordt op twee manieren gewaarborgd: via de *subjectieve rechten* die het rechtssubject met betrekking tot zijn lichaam heeft, en via het *objectieve recht* waarin een *ordre public corporel* gestalte krijgt. Op een dieper niveau kan de eenheidsgedachte die aan de menselijke waardigheid ten grondslag ligt niet verhullen dat de menselijke waardigheid door ambivalentie is getekend. De menselijke persoon moet worden gezien als “een geïntegreerde eenheid van subjectieve en objectieve componenten”.<sup>474</sup> Tussen die subjectieve en objectieve zijde, en tussen autonomie en lichamelijkheid moet een evenwicht worden bemiddeld. Enerzijds wordt dat evenwicht bedreigd, zodra de mens dreigt te worden gereduceerd tot enkel een leverancier van organen en ander lichaamsmateriaal, met andere woorden, wanneer hij dreigt te worden geobjectiveerd. In dat geval zal men via een beroep op de eenheid van de menselijke persoon de autonomie en wilsvrijheid van de persoon willen benadrukken. Een goed voorbeeld is het toestemmingsvereiste dat in de bio-ethiekwetten wordt gesteld aan onder meer donatie van lichaamsmateriaal. Volgens Thouvenin wordt het toestemmingsvereiste hier aangegrepen om te voorkomen dat de mens uitsluitend als een samenraapsel van biologische materialen wordt gezien: “En imposant aux médecins [...] l’accord des intéressées, cette loi met bien en avant l’idée que c’est à des sujets sociaux que s’adressent les médecins et non à des corps vivants.”<sup>475</sup> De mens is weliswaar ook een biologisch en lichamelijk wezen, maar mag daar niet toe worden gereduceerd.

Anderzijds wordt de beschikkingsvrijheid volgens het Franse recht begrensd daar waar de beschikking uitmondt in een ondermijning van de eenheid van

472 Bioy 2003, p. 478.

473 Bioy 2003, p. 507.

474 Zwart 1993b, p. 719.

475 Thouvenin 1994, p. 25.

geest en lichaam. Zoals beschreven is de ruimte voor zelfbeschikking gebaseerd op een bepaald mensbeeld waarbinnen de verbondenheid van persoon en lichaam gestalte krijgt. Wanneer men zijn beschikkingsvrijheid aanwendt om datzelfde mensbeeld te ondergraven, door bijvoorbeeld zichzelf te laten objectiveren, vergaande inbreuken te laten maken op de lichamelijke integriteit, of een kloon van zichzelf te laten maken, komt de menselijke waardigheid daartegen in het verweer. Zelfbeschikking mag niet worden misbruikt om de basis van die zelfbeschikking, namelijk het mensbeeld van de menselijke waardigheid, onderuit te halen, zoals het volgens de grote mensenrechten-verdragen is verboden de daarin neergelegde bepalingen aan te wenden om de mensenrechten teniet te doen.<sup>476</sup> Zoals Bioy de beperkingsgrond beschrijft: “C’est parce que la personne humaine est perçue en droit comme ce tout que la volonté forme avec le corps, que se trouve admise la liberté de disposer du corps dans la limite de ne pas nuire à cette unité qui fonde la liberté.”<sup>477</sup> In dergelijke gevallen kan de menselijke waardigheid tegen de wil van het individu worden toegepast. Het rechtssubject wordt dan tegen zichzelf beschermd. Zijn lichaam is op dat moment *indisponible*, onbeschikbaar voor het rechtssubject zelf.

Hoewel dit laatste aspect van de conceptie van de menselijke waardigheid in het Franse recht in het oog springt, moet niet worden vergeten dat beschikkingsvrijheid de norm blijft en beperkingen ervan de uitzondering.<sup>478</sup> In de regel sluiten zelfbeschikking en menselijke waardigheid elkaar in het Franse recht niet uit, maar vullen elkaar aan. De menselijke waardigheid beschermt zowel autonomie en vrijheid als de eenheid van persoon en lichaam. Slechts in uitzonderlijke gevallen botst de beschikkingsvrijheid met de eenheid van persoon en lichaam.

### 3.2.4 De ‘indisponibilité’ van de menselijke waardigheid en het menselijk lichaam

Het antwoord op de vraag wanneer de grens van zelfbeschikking is bereikt blijft omstreden. Berusten commercieel draagmoederschap, extreme vormen van sadomasochisme,<sup>479</sup> vrijwillige amputaties, genetische manipulatie of het verkopen van organen op een ontoelaatbare objectivering en instrumentalisering van het menselijk lichaam? Is hierbij de menselijke waardigheid in het geding? Binnen de discussies hierover worden de in de vorige paragraaf besproken twee aspecten van de menselijke waardigheid tegen elkaar uitgespeeld. Auteurs die niet zo snel geneigd zijn aan te nemen dat de eenheid van geest en lichaam is aangetast, en vrijheid als de kern van de menselijke waardigheid beschouwen, zullen veel betekenis hechten aan de interpretatie die het rechtssubject in kwestie

<sup>476</sup> Zie onder meer art. 17 EVRM.

<sup>477</sup> Bioy 2003, p. 507.

<sup>478</sup> “Le principe de dignité de la personne humaine n’implique pas la priorité logique de l’indisponibilité du corps en droit, mais au contraire la libre disposition. L’indisponibilité ne venant que limiter, exceptionnellement cette dernière” (Bioy 2003, p. 508).

<sup>479</sup> In 3.3.5 wordt nader op sadomasochisme ingegaan.

zelf van de menselijke waardigheid geeft. Omgekeerd zullen rechtsgeleerden die de nadruk leggen op de grenzen van de beschikkingsvrijheid, en beducht zijn voor het gevaar van zelf-instrumentalisering en zelf-objectivering, een transindividuele opvatting van waardigheid voorop stellen. Wanneer dat laatste het geval is, treedt een omstreden aspect van de menselijke waardigheid aan het licht: zij staat niet tot de vrije beschikking van het individu, en kan zelfs aan het individu worden tegengeworpen, ook al betreft het diens eigen lichaam. Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van een veel besproken Franse rechtzaak uit 1995.

De centrale vraag in deze zaak was de volgende: mag een dwerg zich in een publieke gelegenheid laten werpen voor geld, of is dat strijdig met de menselijke waardigheid? De dwerg in kwestie, Manuel Wackenheim (artiestennaam: *Mr Skymen*), verdiende zijn brood dankzij het fenomeen dwergwerpen (*lancer de nains*): een vorm van vermaak waarbij een dwerg als projectiel zo ver of zo hoog mogelijk moet worden geworpen. De burgemeesters van twee dorpen achtten de grenzen van het betamelijke overschreden, en besloten het spektakel te verbieden. Hun redenering luidde dat dwergwerpen in strijd is met de menselijke waardigheid, en daarom in het kader van bescherming van de openbare orde kan worden verboden. Voor degene die uit hoofde van de menselijke waardigheid werd beschermd, Wackenheim zelf dus, betekende het verbod op zijn show echter een aanzienlijk verlies van inkomsten. Hij besloot de beslissing van beide burgemeesters aan te vechten. Het geschil kwam uiteindelijk voor de Conseil d'Etat. Diens controversiële oordeel luidde dat:

“l'attraction de 'lancer de nains' consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle; que, par son objet même, ce spectacle porte atteinte à la dignité de la personne humaine ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition contre rémunération.”<sup>480</sup>

De burgemeesters hadden daarom, zo concludeerde de Conseil d'Etat, terecht besloten het spektakel geen doorgang te laten vinden. Wackenheim zocht zijn heil vervolgens nog bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens<sup>481</sup> en bij het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties,<sup>482</sup> maar tevergeefs.

480 CE ass., 27 oktober 1995, *Recueil Dalloz* 1996, Jur. p. 177, m.nt. G. Lebreton (*Commune de Morang-sur-Orge en Ville d'Aix-en-Provence*; JCP 1996, II, no. 22630, m.nt. F. Hamon).

481 EHRM 16 juli 1996, zaak 29961/96, ontv. besl. (*Wackenheim t. Frankrijk*).

482 Mensenrechtencomité VN 26 juli 2002, zaak 854/1999 (*Wackenheim t. Frankrijk*).

Ofschoon dwergwerpen een randverschijnsel betreft, vormt deze rechtzaak een veel gebruikt voorbeeld in de rechtswetenschappelijke literatuur over de menselijke waardigheid, ook in Nederland.<sup>483</sup> De reden is dat de kwestie raakt aan een problematiek die door de opkomst van de biogeneeskunde in de belangstelling staat. Het is de hier gehanteerde interpretatie van de menselijke waardigheid die veelal als juridische barrière wordt opgeworpen tegen de biomedische instrumentalisering van menselijk leven. In deze zaak is het niet zozeer Wackenheim's lichamelijke integriteit die wordt beschermd, aangezien uit de feiten blijkt dat hij de nodige veiligheidsmaatregelen had getroffen, als wel een bepaald beeld van de mens als waardig wezen. Opvallend aan deze juridische toepassing van de menselijke waardigheid is dat de wijze waarop Wackenheim zelf zijn menselijke waardigheid begrijpt, ofwel zijn subjectieve interpretatie van de menselijke waardigheid,<sup>484</sup> van geen invloed is op het rechterlijk oordeel. In de woorden van de *commissaire du gouvernement* Frydman die de conclusie bij het oordeel schreef:

“Le respect de la dignité de la personne humaine, concept absolu s'il en est, ne saurait en effet s'accomoder de quelconques concessions en fonction des appréciations subjectives que chacun peut porter à son sujet. De même, par exemple, que la soumission délibérée d'une victime à des actes de violence n'a nullement pour effet, selon la jurisprudence judiciaire, de retirer à ceux-ci leur caractère pénalement répréhensible, le consentement du nain au traitement dégradant qu'il subit nous paraît donc ici juridiquement indifférent.”<sup>485</sup>

Anders gezegd, dat Wackenheim instemde met zijn objectivering tot projectiel is volgens het oordeel en bijbehorende conclusie juridisch zonder belang. Vanuit deze interpretatie van de menselijke waardigheid bezien doet dat er niet toe. Het resultaat is een ferme relativering van het beginsel *volenti non fit iniuria*. De menselijke waardigheid berust niet op een individueel waardeoordeel, maar op 'het' oordeel van 'de' rechtsgemeenschap, die in deze zaak wordt vertegenwoordigd

483 Zie onder meer Vermeulen 1992; Soeteman 1992; M. de Blois, “Self-determination or human dignity; the core principle of human rights”, in: M. Bulterman, A. Hendriks and J. Smith (red.), *To Baehr in our minds, essays on human rights from the heart of the Netherlands. SIM Special No. 21*, Utrecht 1998, p. 523-539; R.H. Haveman, “De grenzen van de repressieve samenleving”, in: R.H. Haveman, P. Ölçer, Th. A. de Roos en A.L.L. van Strien (red.), *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 57-62; Ölçer 2000; Mendelts 2002; J.H. Nieuwenhuis, “Hinkelspel rond de boom der kennis van goed en kwaad”, in: J.H. Nieuwenhuis, *Waartoe is het recht op aarde?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006; C.H. Sieburgh, “L'art de la distinction. 'Alle oordeel is dat des onderscheids'”, in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen en S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciaire verhoudingen. Libellus amicorum Prof. Mr. S.C.J.J. Kortmann*, Kluwer: Deventer 2007, p. 187-206.

484 Reeds in 1992 besprak Vermeulen de zaak *Wackenheim* zoals die zich in eerste instantie bij de rechtbank voordeed en bracht de problematiek op vooruitziende wijze in verband met de subjectieve interpretatie van grondrechten (Vermeulen 1992).

485 Conclusie Commissaire Frydman, *RFD adm.* 1995, p. 1204.

door de burgemeester en rechter. Zoals Prieur deze juridische werking van de menselijke waardigheid beschrijft:

“La dignité humaine [...] implique non seulement une protection du corps de la personne contre les atteintes extérieures qu'elle n'aurait pas acceptées ou qu'elle aurait refusées, mais aussi une protection de la personne contre elle-même par une limitation et un encadrement de son pouvoir de disposition 'corporelle'. La protection du corps, fondée sur la dignité humaine et poursuivant la primauté de la personne, se trouve assurée au sein d'un ordre public 'corporel' posant les conditions juridiques d'exercice de l'aptitude du sujet à disposer de son corps.”<sup>486</sup>

De menselijke waardigheid is in dat opzicht geen subjectief recht, ook al is zij, zoals in hoofdstuk 1 is beschreven, in artikel 1 van het Handvest van de Grondrechten van de EU tot zelfstandig mensenrecht gemaakt: “*De menselijke waardigheid is onschendbaar. Zij moet worden geëerbiedigd en beschermd.*” De menselijke waardigheid krijgt in het Handvest een plaats temidden van grondrechten als het recht op vrijheid van meningsuiting, het recht op leven en de vrijheid van godsdienst. Van louter rechtsbeginsel wordt het schijnbaar ook een subjectief recht. Op het eerste gezicht is een dergelijke juridificatie niet opzienbarend, gezien de preambules van de mensenrechtenverdragen. Toch verschilt een recht op menselijke waardigheid in een aantal opzichten van traditionele grondrechten. Dit grondrecht beschermt het individu niet alleen tegen een bemoeizuchtige overheid of samenleving, maar beschermt de burger mede tegen zichzelf. Het individu kan met een beroep op zijn eigen ‘grondrecht’ ondergeschikt worden gemaakt aan de gemeenschapswaarden die schuil gaan achter het begrip van de menselijke waardigheid. Haveman spreekt in deze context van een *Umwertung aller Werten*.<sup>487</sup> Het is een grondrecht op zijn kop.

Onder Franse rechtsgeleerden zijn de discussies over de betekenis van de menselijke waardigheid voor de rechtspraktijk, mede naar aanleiding van het dwergwerp-arrest, hoog opgelopen. Aan de ene kant bevinden zich degenen die in de menselijke waardigheid een principe vinden dat het nodige tegenwicht kan bieden tegen een al te vergaande subjectivering van het recht. Wanneer het individu door zichzelf of een ander dreigt te worden geobjectiveerd, of het nu via dwergwerpen, sadomasochisme of biomedische techniek is, moet het recht daartegen in het verweer kunnen komen, zo stellen de aanhangers. Aan de andere kant vinden degenen elkaar die in een dergelijke interpretatie van menselijke waardigheid een te vergaande inbreuk van de individuele vrijheid zien. Zij beschouwen het beroep op de menselijke waardigheid als een dekmantel voor juridisch conservatisme en moralisme. In hun interpretatie vormt ook in deze uitzonderingsgevallen de

---

486 Prieur 1999, p. 115.

487 Haveman 2000, p. 61.

autonomie van het vrije individu de kern van de menselijke waardigheid. Volgens de meesten komt deze individuele menselijke waardigheid het best tot zijn recht door toekenning van een algemeen recht op persoonlijke ontplooiing. De discussie tussen beide kampen kunnen we zien als een botsing tussen twee verschillende betekenissen van de menselijke waardigheid die beide hun basis vinden in niet alleen de filosofische canon, maar ook in het positieve recht. De tegenstelling tussen de twee interpretaties kan op vele manieren worden omschreven. Er wordt onder meer gesproken van *human dignity as constraint* tegenover *human dignity as empowerment*,<sup>488</sup> *dignité indisponible* tegenover *dignité individuelle*,<sup>489</sup> menselijke waardigheid in haar *collectieve* tegenover haar *individuele* dimensie,<sup>490</sup> een *dignité moralisatrice* tegenover een *dignité libératrice*,<sup>491</sup> *waardigheid* tegenover *vrijheid*,<sup>492</sup> een moralistische tegenover een tolerante interpretatie van menselijke waardigheid,<sup>493</sup> menselijke waardigheid als *dignitas* tegenover waardigheid als *zelfbeschikking*<sup>494</sup> en een *objectieve* en *subjectieve* interpretatie van de menselijke waardigheid.<sup>495</sup>

Bij nadere bestudering van het debat blijkt met name een interpretatieverschil van het juridisch persoonsbegrip aan de verschillende posities ten grondslag te liggen. De werkelijke inzet van de discussie wordt duidelijk als we bekijken wie het subject van een recht op *human dignity as constraint* is. De gedachtenwisseling tussen Olivier Cayla en Bernard Edelman over de menselijke waardigheid als deel van het positieve recht biedt een aantal aanknopingspunten. Edelman verwelkomt de nieuwe juridische toepassing van de menselijke waardigheid, terwijl Cayla er vooral een gevaar voor de individuele vrijheid in ziet. Toch vinden de twee rechtsfilosofen elkaar op een belangrijk punt.

Als het recht op menselijke waardigheid een *mensenrecht* is, dan heeft het woord *mens* hier een andere betekenis dan in het geval van de traditionele mensenrechten. Dat de mens achter het recht op privacy of de vrijheid van godsdienst het vrije individu is, zullen weinigen betwisten. Het werkelijke subject van het recht op menselijke waardigheid kan daarentegen, zo betoogt Edelman, niemand anders zijn dan de *mensheid*. Volgens Edelman is dat *la radicale nouveauté* van

488 D. Beyleveld en R. Brownsword, *Human dignity in bioethics and biolaw*, Oxford: Oxford University Press 2001.

489 Y. Thomas (Thomas 1998a), "Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit", *Le Débat* 1998, p. 87.

490 M. Delmas-Marty, "Certitude et incertitudes du droit", in: H. Atlan, M. Augé, M. Delmas-Marty, R.-P. Droit en N. Fresco, *Le clonage humain*, Parijs: Seuil 1999, p. 88-89; D.W.J.M. Pessers, *Menselijke waardigheid en het persoonsbegrip in het recht* (preadvies Christen-Juristen Vereniging), Utrecht: Lemma 2005, p. 7.

491 T. Pech, "La dignité humaine. Du droit à l'éthique de la relation", *Recueil Dalloz hors-série Justices*, mei 2001, p. 91.

492 Edelman 1999, p. 505 e.v.; B. Mathieu, "De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique", *Recueil Dalloz* 2005, p. 1649.

493 A. Soeteman, "De waardigheid van de patiënt", *RM Themis* 1988, nr. 2, p. 69 e.v.

494 Nieuwenhuis 2006, p. 28.

495 Vermeulen 1992; en Mendelts 2002.



de recente toepassing van de menselijke waardigheid. Hij vat het zelf als volgt samen: “Si la liberté est l’essence des droits de l’homme, la dignité est l’essence de l’humanité.”<sup>496</sup> Cayla is het op dat punt met hem eens.<sup>497</sup> Volgens hem wordt via de menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie een concept geïntroduceerd in het recht dat paradoxaal genoeg zowel aan de basis van de mensenrechten staat, als dat het, wanneer gebruikt ter bescherming van het individu tegen zichzelf, daar de ontkenning van vormt. Wanneer deze benadering van de menselijke waardigheid wordt toegepast in *la relation de soi à soi*, raakt het, zo is Cayla van mening, op bezwaarlijke wijze aan de fundamenten van de mensenrechten. Uiteindelijk is het dan de subjectieve vrijheid die op het spel staat:

“Du coup, contrairement à la perspective moderne où, par nature, *l’individu s’appartient* (c’est justement par là qu’on aperçoit qu’il est humain), la logique de la dignité postule que, par nature, *l’individu ne s’appartient pas*, mais *appartient à sa nature* qui le transcende (sans qu’on sache précisément ce qui caractérise cette nature).”<sup>498</sup>

Met andere woorden, in zijn hoedanigheid van *personne humaine* maakt het rechtssubject deel uit van een groter geheel, de mensheid, en is daar zelfs aan onderworpen.

Een ander aspect dat Cayla bekritiseert is de vaagheid van het begrip waardigheid. Want waartegen probeert de rechter Wackenheim te beschermen? Wat is het precieze gevaar dat Wackenheim zelf niet ziet? Wat hebben dwergwerpen, biomedische techniek, sadomasochisme en *wrongful life claims* gemeenschappelijk dat in al deze gevallen met de term menselijke waardigheid wordt geschermd? Volgens Cayla is het bovendien nogal dubieus dat de rechter zichzelf opwerpt als woordvoerder van de mensheid.

Een nadere analyse van de redenering die ten grondslag ligt aan het oordeel is, gezien de kritiek op de vaagheid van het waardigheidsbegrip, van belang. Uit de geciteerde rechtsoverweging blijkt dat met name de wijze waarop Wackenheim zijn lichaam, en daarmee zichzelf, reduceerde tot projectiel aanstoot heeft gegeven. De eenheid van persoon en lichaam vormt daarmee een van de kernelementen van de uitspraak. Zoals Pech naar aanleiding van het arrest schrijft:

“Cette affaire illustre clairement le principe d’indisponibilité à soi de son propre corps. Aux termes de cette décision comme dans le cadre des lois bioéthiques de 1994, le corps est conçu, non comme le simple substrat physique de la personne,

496 Edelman 1999, p. 509.

497 O. Cayla, “Le droit de se plaindre. Analyse du cas (et de l’anti-cas) Perruche”, in: O. Cayla en Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. A propos de l’affaire Perruche*, Parijs: Gallimard 2002, p. 48.

498 Cayla 2002, p. 50.

mais, à l'instar de celle-ci, comme le réceptacle de l'image de l'humanité toute entière. Aussi la personne n'en est-elle que l'usufruitier et non le propriétaire.”<sup>499</sup>

Vervolgens beschrijft Pech de opeenvolgende stappen van de redenering die aan de onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam ten grondslag ligt. Het uitgangspunt is dat niemand kan beschikken over “l’humanité de l’homme”. De mens is als geheel drager van die menselijkheid, dus ook in de lichamelijke aspecten van zijn bestaan. Dus kan ook over het lichaam niet vrijelijk worden beschikt. Op dezelfde manier als men geen afstand kan doen van zijn lidmaatschap van de mensheid, kan men evenmin vrijelijk over het eigen lichaam beschikken.

Ook al heeft de wetgever besloten *l’indisponibilité du corps humain* niet in het burgerlijk wetboek op te nemen temidden van de beginselen die de beschermwaardigheid van het lichaam bepalen, toch beschouwt de rechtsdoctrine dit beginsel als een van de steunpilaren van de juridische status van het menselijk lichaam.<sup>500</sup> Ook in de jurisprudentie is het beginsel erkend. Voorafgaand aan de bio-ethiekwetten oordeelde de Cour de Cassation dat het draagmoederschap in strijd is met de onbeschikbaarheid van het menselijke lichaam, hetgeen een principe van openbare orde vormt:

“Que la convention par laquelle une femme s’engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l’abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d’ordre public de l’indisponibilité du corps humain qu’à celui de l’état des personnes.”<sup>501</sup>

Deze interpretatie van de menselijke waardigheid, waarin bescherming wordt geboden tegen instrumentalisering van het subject, grijpt terug op de kantiaanse ethiek. In zijn *Fundering voor de metafysica van de zeden* formuleert Kant de categorische imperatief onder meer als volgt: “Handel zo dat jij het menszijn, zowel in eigen persoon als in de persoon van ieder ander altijd tegelijk als doel, nooit louter als middel gebruikt.”<sup>502</sup> Als lid van de mensengemeenschap mag de mens niet, als ware hij slechts een zaak, door de ander of zichzelf louter als een middel worden gebruikt om een bepaald doel te bereiken. Menselijke waardigheid wordt hier gekoppeld aan een verbod op (zelf)instrumentalisering en (zelf)objectivering. Daarmee legt het lidmaatschap van de mensengemeenschap een plicht bij het individu, ook wanneer het slechts hemzelf betreft, en stelt een collectieve grens aan zijn subjectieve vrijheid. Op basis van deze argumentatie komt Kant tot zijn bekende stelling dat zelfmoord in strijd is met de categorische imperatief. Over de zelfmoordenaar oordeelt hij:

499 Pech 2001, p. 104.

500 Bioy 2003, p. 699; Hennette-Vauche 2004, p. 61.

501 Cass. ass. plén. 31 mei 1991, *Recueil Dalloz* 1991, Jur. p. 417, m.nt. D. Thouvenin.

502 I. Kant, *Fundering van de metafysica van de zeden*, Amsterdam: Boom 1997 (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* 1785, vertaald door Th. Mertens), p. 84.

“Wanneer hij zichzelf ombrengt om een bezwaarlijke situatie te ontvluchten, dan maakt hij van een persoon gebruik *als middel* om een draaglijke toestand tot aan het eind van het leven te behouden. De mens is echter geen zaak, dus niet iets dat *louter* als middel gebruikt kan worden, maar hij moet bij al zijn handelingen tegelijkertijd als doel op zichzelf beschouwd worden. Dus kan ik over de mens in eigen persoon niet beschikken om hem te verminken, te bederven of te doden.”<sup>503</sup>

De woordkeuze is veelzeggend. Dat Kant niet spreekt van het *over zichzelf beschikken*, maar van het *over de mens in eigen persoon beschikken*, is niet slechts een manier van spreken. Daarmee geeft hij intengendeel aan dat we als persoon zowel individu zijn als deel uitmaken van een groter geheel: de mensengemeenschap. Wanneer ik over mezelf beschik, beschik ik ook over de mensheid. “De mens in eigen persoon” is als de ander die in het subject is ingeschreven, als het collectief dat deel is van het individu. Kant spreekt ook wel van “het menszijn in het subject”.<sup>504</sup> De menselijke waardigheid in haar collectieve variant omvat zo gezien een verbod op auto-exclusie: de mens is niet vrij om zichzelf te (laten) dehumaniseren, ofwel om zichzelf buiten de mensengemeenschap te plaatsen. Kortom, men is niet vrij om zich van zijn persoonlijkheid te ontdoen:

“Der Persönlichkeit kann sich der Mensch nicht entäußern, solange von Pflichten die Rede ist, folglich solange er lebt; und es ist ein Widerspruch, daß er die Befugnis haben solle, sich aller Verbindlichkeit zu entziehen, d.i. frei so zu handeln, als ob es zu dieser Handlung gar keiner Befugnis bedürfte. Das Subjekt der Sittlichkeit in seiner eigenen Person zernichten, ist ebensoviel als die Sittlichkeit selbst ihrer Existenz nach, soviel an ihm ist, aus der Welt vertilgen, welche doch Zweck an sich selbst ist; mithin über sich als bloßes Mittel zu ihm beliebigen Zweck zu disponieren, heißt die Menschheit in seiner Person (*homo noumenon*) abwürdigen, der doch der Mensch (*homo phaenomenon*) zur Erhaltung anvertrauet war.”<sup>505</sup>

Wat dat betreft is er sprake van “servitudes d’humanité”<sup>506</sup> zodra de menselijke waardigheid wordt toegepast om het individu tegen zichzelf te beschermen. Als menselijke persoon is het rechtssubject onderworpen en gebonden aan de mensheid. Deze onderwerping brengt beperkingen van de beschikkingsvrijheid met zich. De manier waarop het collectief op die manier wordt ingeschreven in het individu blijkt eveneens in de regulering van de medische biotechnologie. Zoals in hoofdstuk 8 wordt betoogd, zijn de restricties op het gebruik en de ontwikkeling van bepaalde biomedische technieken te begrijpen als gegrond op een bepaald collectief mensbeeld dat dwingend aan het individu wordt opgelegd. Zo

503 Kant[1785] 1997, p. 85.

504 Kant [1785] 1997, p. 86.

505 I. Kant [1797], *Die Metaphysik der Sitten*, Stuttgart: Reclam 1990, p. 304.

506 Bioy 2003, p. 714.

is de creatie van genetisch identieke personen niet eens zozeer verboden wegens de belangen van de kloon die op het spel staan, zoals gezondheidsrisico's die kloneren als nog niet geperfectioneerde techniek met zich brengt, als wel de gemeenschappelijke belangen van de mensheid. Daarmee geeft een beroep op de menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie aan dat het de *menselijkheid* van de mens is die wordt beschermd in de bewuste wetgeving. Met de medische biotechnologie zijn belangen in het geding die het individu overstijgen, en die de mens als onderdeel van een groter geheel betreffen.

Degenen die in deze uitleg van de menselijke waardigheid een onnodig gevaar voor de subjectieve vrijheden zien, verzetten zich met name tegen de mate waarin het individu ondergeschikt wordt gemaakt aan de belangen van de gemeenschap. Voor hen is het subject van de menselijke waardigheid wel degelijk het individu en niet de mensheid. Juist wanneer men de wensen van het individu negeert en voorbij gaat aan de manier waarop hij zijn leven wenst in te richten, pas dan wordt men als persoon niet serieus genomen, en wordt men daarmee in zijn waardigheid aangetast. Menselijke waardigheid is in dit perspectief een attribuut van het individu, en niet van de groep. In die zin spreekt men eerder van een aantasting van *zijn* waardigheid dan van *de* waardigheid. Wackenheim zelf beroept zich in zijn zaak bij het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties openlijk op een hieraan verwante lezing van de menselijke waardigheid, die in navolging van Beyleveld en Brownsword *human dignity as empowerment* kan worden genoemd. Voor hem is waardigheid gelegen in de mogelijkheid zelf in je levensonderhoud te kunnen voorzien.<sup>507</sup>

Door Wackenheim tegen zichzelf te beschermen, lijkt men te zeggen hem niet in staat te achten om verantwoordelijkheid te dragen voor zijn eigen leven, lijf en waardigheid. Het verbod op zijn optreden is om die reden paternalistisch en kleinerend, of zelfs moralistisch en onderdrukkend, zo stellen critici. Daarnaast resulteert niet Wackenhems optreden maar juist het verbod erop in een uitsluiting van Wackenheim uit de gemeenschap. Wanneer Wackenheim zich vrijwillig laat werpen, dehumaniseert hij zichzelf niet, maar oefent hij veeleer zijn vrije wil uit die hem kenmerkt als een waardig mens. Dat het verbod slechts het werpen van dwergen betreft, en niet een algemeen verbod op het werpen van mensen van alle postuur, versterkt de indruk dat het juist het verbod is waarvan een denigrende en uitsluitende werking uitgaat. Ook Wackenheim had zijn klacht voor het Mensenrechtencomité gebaseerd op het discriminatieverbod (artikel 26 IVBPR).

507 "The author affirms that banning him from working has had an adverse effect on his life and represents an affront to his dignity. He claims to be the victim of a violation by France of his right to freedom, employment, respect for private life and an adequate standard of living, and of an act of discrimination. He further states that there is no work for dwarves in France and that his job does not constitute an affront to human dignity since dignity consists in having a job" (Mensenrechtencomité VN 26 juli 2002, zaak 854/1999 (*Wackenheim t. Frankrijk*), r.o. 3).

Het resulterende oordeel legt de uitsluitende werking van het verbod op dwergwerpen ongewild op verhelderende wijze bloot:

“The ban on throwing ordered by the State party in the present case applies only to dwarves [...]. However, if these persons are covered to the exclusion of others, the reason is that they are the only persons capable of being thrown. Thus, the differentiation between the persons covered by the ban, namely dwarves, and those to whom it does not apply, namely persons not suffering from dwarfism, is based on an objective reason and is not discriminatory in its purpose. The Committee considers that the State party has demonstrated, in the present case, that the ban on dwarf tossing as practised by the author did not constitute an abusive measure but was necessary in order to protect public order, which brings into play considerations of human dignity that are compatible with the objectives of the Covenant. The Committee accordingly concludes that the differentiation between the author and the persons to whom the ban ordered by the State party does not apply was based on objective and reasonable grounds.”<sup>508</sup>

Met andere woorden, er is volgens het comité geen sprake van discriminatie omdat er een feitelijk verschil is tussen dwergen en mensen van gemiddelde lengte. Ofwel, dwergen laten zich nou eenmaal beter werpen dan anderen, zodat een speciaal op dwergen gericht verbod objectief gerechtvaardigd is. Deze rechts-overweging is niet alleen lachwekkend omdat er uiteraard ook met niet-dwergen kan worden geworpen, als men maar sterk genoeg is. Wat tegen de borst stuit is dat uiterekend de rechter Wackenheim in zijn uitspraak reduceert tot een projectiel en dus tot een object, door te overwegen dat feitelijk alleen dwergen kunnen worden geworpen. Daarmee wordt Wackenheim gereduceerd tot zijn lichamelijke staat en gemaakt tot het slachtoffer van zijn eigen lengte. Is niet eerder dit rechterlijk oordeel, waarin Wackenhems fysieke eigenschappen als doorslaggevend worden gepresenteerd voor een verschil in behandeling, dan Wackenhems wens om zich te laten werpen, mensonterend?

Deze restrictieve tendensen van de menselijke waardigheid, uitgelegd als collectief rechtsgoed, hebben tot gevolg dat een zekere contradictie in de menselijke waardigheid ligt besloten. De menselijke waardigheid is te begrijpen als het fundament van de subjectieve rechten en vrijheden van de mens. Wat dat betreft is de menselijke waardigheid een soort supergrondrecht. Maar doordat het hier een fundament van de grondrechten betreft wordt de waardigheid niet door dezelfde mate van vrijheid gekenmerkt als de grondrechten waaraan het ten grondslag ligt. Sterker nog, de menselijke waardigheid komt in kwesties als dwergwerpen en medische biotechnologie op gespannen voet te staan met de individualistische geest die de mensenrechten kenmerkt.

---

508 *Wackenheim t. Frankrijk*, r.o. 7.4.

In dat opzicht is het niet vreemd dat in de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in toenemende mate wordt gerefereerd aan de andere betekenis van de menselijke waardigheid: waardigheid als *empowerment*, autonomie of vrijheid. Menselijke waardigheid wordt in die context eerder uitgelegd als een subjectieve vrijheid dan als een collectief goed. Tegelijkertijd worden echter in deze jurisprudentie van oudsher argumenten gebruikt die erop duiden op dat het lichaam ook los van de beleving van het rechtssubject beschermwaardig is. Op die manier wordt de Europese benadering eveneens gekenmerkt door een intern spanningsveld.

### 3.3 Europa: combinatie van tradities

#### 3.3.1 *De Europese benadering van bio-ethische kwesties*

In de literatuur wordt veelal een onderscheid gemaakt tussen twee bio-ethische tradities: de angelsaksische traditie, waarin de beginselen van autonomie en niet-schaden voorop zouden staan, en de continentale traditie, waarin juist de nadruk zou liggen op de menselijke waardigheid en respect voor menselijk leven.<sup>509</sup> Een dergelijk onderscheid berust uiteraard op een generalisering van de veelheid en complexiteit van de posities die op dit terrein worden ingenomen. Toch is deze tweedeling in meer of mindere mate eveneens herkenbaar wanneer we de rechtstelsels van verschillende Europese landen met elkaar vergelijken. Zo past de Nederlandse juridische gedachtevorming grofweg in de angelsaksische traditie, en de Franse benadering in de continentale traditie.

Deze tweedeling roept de vraag op hoe de Europese rechter invulling geeft aan het communautaire recht in kwesties die gerelateerd zijn aan het menselijk lichaam. In welke mate verlaat de Europese rechter zich op argumenten die gebaseerd zijn op de lichamelijke integriteit, lichamelijke zelfbeschikking of menselijke waardigheid? Het menselijk lichaam vormt bij uitstek een kwestie waarover de lidstaten in ethisch, religieus en symbolisch opzicht verdeeld zijn. Hoe bewaart de Europese rechter een balans tussen deze uiteenlopende opvattingen? Hieronder wordt ingegaan op de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) te Straatsburg. De jurisprudentie van het Hof van Justitie in Luxemburg wordt in deze paragraaf niet besproken. De reden is dat de grondrechtelijke benadering minder prominent aanwezig is in deze rechtspraak. Wel heeft dit Hof de menselijke waardigheid als gemeenschapsbeginsel erkend.<sup>510</sup>

509 Zie onder meer J.K.M. Gevers, *Beschikken over cellen en weefsels* (oratie UvA), Deventer: Kluwer 1990, p. 8; Rendtorff en Kemp 2000, p. 17-20; Beyleveld en Brownsword 2001, p. 34; Marzano 2006, p. 48-49.

510 Zie met name HvJ EG 9 oktober 2001, zaak C-377/98, *NJ* 2002, 161 over zogeheten octrooien op leven. Daarin overwoog het Hof: "It is for the Court of Justice, in its review of the compatibility of acts of the institutions with the general principles of Community law, to ensure that the funda-

De belangrijkste manier waarop het Europese Hof voor de Rechten van de mens met het gegeven van ethische pluriformiteit omspringt, is via zijn doctrine van de *margin of appreciation*, een interpretatie-techniek die in de rechtspraak is ontwikkeld. De mate van terughoudendheid die de Straatburgse rechter bij toetsing aan het verdrag betracht, ligt niet op voorhand vast. Zo komt aan lidstaten reeds sinds de *Handyside*-uitspraak, waarin het leerstuk werd geïntroduceerd, een relatief brede beoordelingsvrijheid (*margin of appreciation*) toe in kwesties die raken aan overwegingen van de goede zeden. Het Hof overwoog in deze zaak dat het onmogelijk is een uniforme opvatting over de goede zeden te vinden waarin alle verdragsstaten zich kunnen vinden. Om die reden dient het vooral aan de lidstaat zelf te zijn om in te schatten of een inperking van het grondrecht noodzakelijk is in een democratische samenleving. In dergelijke gevallen mag het Hof het optreden van de lidstaat slechts marginaal toetsen aan de bepalingen van het verdrag.<sup>511</sup>

Dit leerstuk kan in verschillende fases van de rechterlijke oordeelsvorming doorwerken: bij de vraag of de inbreuk die de lidstaat heeft gemaakt op het grondrecht noodzakelijk was in een democratische samenleving, bij het afleiden van positieve verplichtingen uit een verdragsbepaling, en bij de interpretatie van bepaalde vage termen in het verdrag.<sup>512</sup> In dit hoofdstuk en het volgende zullen we voorbeelden van deze drie situaties aantreffen. In hoeverre de lidstaten worden vrijgelaten eigen afwegingen te maken is afhankelijk van meerdere factoren: de mate van consensus tussen lidstaten over de kwestie, de aard van de activiteiten die in het geding zijn, en het doel van de inbreuk op het grondrecht. Dikwijls moeten meerdere factoren tegen elkaar worden afgewogen. In de onderstaande passage uit de *Evans*-zaak noemt het Hof de volgende criteria:

“A number of factors must be taken into account when determining the breadth of the margin of appreciation to be enjoyed by the State in any case under Article 8. Where a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted. Where, however, there is no consensus within the Member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it,

mental right to human dignity and integrity is observed” (r.o. 70); en zie het in 1.4 aangehaalde *Omega*-oordeel (Hv) EG 14 oktober 2004, zaak C-36/02, NJ 2005, 295).

511 “[...] it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the ‘necessity’ of a ‘restriction’ or ‘penalty’ intended to meet them. [...] Consequently, Article 10 para. 2 (art. 10-2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation” (EHRM 7 december 1976, NJ 1978, 236 (*Handyside*), r.o. 48).

512 J.G.C. Schokkenbroek, “Methoden van interpretatie en toetsing: een overzicht van beginselen toegepast in de Straatburgse jurisprudentie”, in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, J. van der Velde, *EVRM Rechtspraak & Commentaar*, Den Haag: SDU Uitgevers 2000, katern 2.1, p. 20-21.

particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider. There will also usually be a wide margin if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights.”<sup>513</sup>

Op basis van deze criteria is te begrijpen dat het Hof geneigd is vooral in bio-ethische kwesties aan lidstaten een grote beoordelingsmarge te laten. Waar het gaat om vragen als het begin en einde van het leven, de status van het lichaam of de toegang tot biomedische technieken, zal de consensus tussen lidstaten immers ver te zoeken zijn. Een goed voorbeeld van een bio-ethische kwestie die aan het Hof werd voorgelegd is de *Evans*-zaak waaruit hierboven werd geciteerd. In deze zaak waren verschillende aspecten van in vitro fertilisatie (IVF) in het geding. De reden dat de lidstaat veel ruimte dient te krijgen bij de beoordeling van dit geval, zet de Grand Chamber van het Hof als volgt uiteen:

“[...] since the use of IVF treatment gives rise to sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments, and since the questions raised by the case touch on areas where there is no clear common ground amongst the Member States, the Court considers that the margin of appreciation to be afforded to the respondent State must be a wide one.”<sup>514</sup>

Met andere woorden, bij ethisch beladen vraagstukken overheerst verdeeldheid onder lidstaten over de juiste beoordeling van de belangen die in het geding zijn. Bovendien staan in bioethische kwesties overwegingen van publiek belang, zoals de volksgezondheid, de goede zeden of de openbare orde, op het spel waartegen de individuele belangen moeten worden afgewogen. Zoals reeds uit het eerste *Evans*-citaat blijkt, toetst het Hof in dergelijke gevallen eveneens marginaal aan het verdrag. Aan de andere kant kan worden beargumenteerd dat juist bij biomedische technieken “a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake”, zodat strengere en intensievere toetsing van het Hof is vereist. In de komende paragrafen zal blijken hoe de afwegingen van het Hof in de praktijk uitpakken.

Een andere methode van verdragsinterpretatie die van belang is bij de normering van nieuwe ontwikkelingen als de medische biotechnologie, is de zogeheten evolutieve verdragsinterpretatie. Het verdrag is een *living instrument*, zoals de veel gebruikte uitdrukking van het Hof luidt. Dat wil zeggen dat het verdrag “must be interpreted in the light of present-day conditions”,<sup>515</sup> en niet uitsluitend op grond van de oorspronkelijke bedoelingen en omstandigheden die speelden tijdens de totstandkoming van het verdrag. Op die manier kan het Hof aan zijn juris-

513 EHRM (Grote Kamer) 10 april 2007, NJ 2007, 459, r.o. 77 (*Evans t. Verenigd Koninkrijk*).

514 *Evans t. Verenigd Koninkrijk* (Grote Kamer), r.o. 81.

515 EHRM 25 april 1978 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 31.



prudentie een zekere dynamiek geven, en rekening houden met veranderende maatschappelijke opvattingen, een groeiende ethische consensus, nieuwe wetenschappelijke bevindingen, etc. Juist op een terrein als dat van de medische biotechnologie, dat zowel in wetenschappelijk, ethisch als maatschappelijk opzicht in beweging is, kan deze evolutieve verdragsinterpretatie van belang zijn.

Aangezien het Hof nieuwe omstandigheden en ontwikkelingen openlijk in zijn overwegingen betreft, zijn vernieuwingen binnen de EVRM-rechtspraak over het algemeen duidelijk te bespeuren. Een illustratie bieden de hieronder te bespreken arresten over transseksualiteit, waarin het Hof telkens de maatschappelijke en wetenschappelijke stand van zaken omtrent transseksualiteit weegt en evalueert. Nieuwe ontwikkelingen vormen de reden dat het Hof uiteindelijk omgaat en een principieel andere invalshoek kiest bij de beoordeling van deze gevallen dan aanvankelijk.

Met betrekking tot de principes en beginselen die het Hof in bioethische kwesties hanteert, kan worden geconstateerd dat het Hof uit verschillende tradities put. Zelfbeschikking, autonomie, het toestemmingsvereiste, lichamelijke integriteit en menselijke waardigheid vormen alle referentiepunten bij de uitleg van het verdrag. Hieronder volgt eerst een korte verkenning van de plaats die deze principes in het verdrag innemen (3.3.2). In de paragrafen daarna wordt vervolgens bekeken hoe zij in de praktijk worden toegepast en geïnterpreteerd. Vier thema's zullen daarbij worden uitgelicht om tot een analyse van de status van het menselijk lichaam in het EVRM-recht te komen: hulp bij zelfdoding (3.3.3), transseksualiteit (3.3.4), seksuele vrijheid (3.3.5) en lijkschennis (3.3.6). Drie verdragsartikelen zijn daarbij in het geding: het recht op leven (artikel 2 EVRM),<sup>516</sup> het verbod op foltering en onmenselijke of vernederende behandelingen (artikel 3 EVRM)<sup>517</sup> en het recht op privacy (artikel 8 EVRM).<sup>518</sup> Pas in hoofdstuk 4 wordt de rechtspraak die betrekking heeft op de status van het embryo besproken, zoals de hierboven aangehaalde *Evans*-zaak. Op deze uitspraak na heeft het Hof zich tot op heden nauwelijks gebogen over kwesties die rechtstreeks raken aan de medische biotechnologie. Weliswaar heeft de Raad van Europa verschillende biomedische verdragen tot stand gebracht, maar tot toetsing daarvan is het Hof niet bevoegd.

516 Art. 2 lid 1 EVRM: "Het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet. Niemand mag opzettelijk van het leven worden beroofd, behoudens door de tenuitvoerlegging van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet."

517 Art. 3 EVRM: "Niemand mag worden onderworpen aan foltering of aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen."

518 Art. 8 EVRM: "Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie."

### 3.3.2 Plaatsbepaling van de belangrijkste bio-ethische principes

Hoewel de menselijke waardigheid noch in de preambule noch in de verdragsartikelen van het EVRM wordt genoemd, verwijst het Hof op verschillende plaatsen naar de menselijke waardigheid als centrale waarde van het verdrag. Zoals een van de veel gebruikte formuleringen in de jurisprudentie luidt: “The very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom.”<sup>519</sup> De bepaling waarin de menselijke waardigheid het meest direct is vertegenwoordigd is het verbod op foltering en onmenselijke of vernederende behandelingen en bestraffingen (artikel 3 EVRM). Niet alleen beschermt dit verbod de lichamelijke integriteit, maar vooral ook vormt het een uitdrukking van de onvervreembare waardigheid van de mens. Onder geen omstandigheid, zelfs in het geval van “een algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt” mag de mens worden onderworpen aan marteling of andere onmenselijke of vernederende behandelingen, zo blijkt uit artikel 15 lid 2 EVRM. In artikel 3 EVRM zelf wordt daarom geen enkele uitzondering toegelaten, in tegenstelling tot de meeste andere in het verdrag neergelegde grondrechten. Zelfs het recht op leven bevat in artikel 2 lid 2 EVRM mogelijke beperkingsgronden, en is daarom niet absoluut te noemen. Dat het martelverbod zonder uitzondering geldt, is een indicatie van de belangen die op het spel staan in dit grondrecht: de bescherming van de mens tegen instrumentalisering, zelfs bij terroristische dreiging<sup>520</sup> of in tijden van oorlog. Anders gezegd,

“in art. 3 EVRM gaat het niet louter om de bescherming van lijf en leden, van het louter fysisch aspect van de persoon. Vooral uit de begrippen ‘onmenselijk’ en ‘vernederend’ blijkt dat het hier in de eerste plaats over de menselijke waardigheid gaat.”<sup>521</sup>

Ofschoon schendingen van artikel 3 EVRM in de meeste gevallen bestaan uit ernstige aantastingen van de lichamelijke integriteit, is het uiteindelijk vooral de waardigheid van de mens die hier wordt beschermd. In dat opzicht is de visie van Delmas-Marty interessant. Zij maakt een principieel onderscheid tussen de

519 Zie in de context van art. 8 EVRM onder meer EHRM 29 april 2002, *NJ* 2004, 543, m.nt. EAA (*Pretty t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 65; en EHRM 11 juli 2002, *NJCM-Bull.* 2003, 330, m.nt. P. van Dijk (*Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 90. Voor een vergelijkbare formulering in de context van art. 7 EVRM, zie EHRM 22 november 1995 (*C.R. t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 42.

520 Zoals onder meer blijkt uit de *Chahal*-zaak: “Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic society. The Court is well aware of the immense difficulties faced by States in modern times in protecting their communities from terrorist violence. However, even in these circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim’s conduct” (EHRM 15 november 1996, *NJ* 1997, 301 m.nt. PJB (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*). Zie verder EHRM 28 februari 2008, *NJ* 2008, m.nt. EAA (*Saadi t. Italië*), r.o. 127

521 Velaers 1996b, p. 127.

beschermde belangen van artikel 2 en 3 EVRM. Volgens haar heeft het recht op leven betrekking op de biologische mens, en drukt dit grondrecht de beschermwaardigheid van het leven in biologische zin uit.<sup>522</sup> Het martel-verbod ziet daarentegen op bescherming van “l’irréductible humain”, ofwel het onherleidbare van de mens.<sup>523</sup> Dat wil zeggen, de mens mag nooit puur als een object of middel worden gebruikt, maar dient altijd als een doel op zichzelf te worden beschouwd. Mertens en Goodwin wijzen in het verlengde hiervan op “de symbolische betekenis” van het martelverbod en de menselijke waardigheid. Volgens hen is het moeilijk het kwaad van marteling exact te duiden, maar hangt het samen met

“de overtuiging dat het toestaan van marteling een perfide effect op het zelfverstaan van de samenleving heeft. Meer direct zou men kunnen zeggen dat een samenleving die marteling autoriseert, daarmee uitdrukking geeft aan het feit dat het mens-zijn van een individu uiteindelijk geen waarde heeft, terwijl het verbod op marteling de samenleving juist bindt aan het symbolisme van de menselijke waardigheid”.<sup>524</sup>

In het eerste arrest waarin het Hof expliciet de menselijke waardigheid noemt als een beschermd belang van artikel 3 EVRM, wordt eveneens dit verband tussen waardigheid en het verbod om de mens te objectiveren gelegd. In deze zaak stond de lijfstraf (stokslagen) die een scholier op het eiland Man op bevel van de publieke autoriteiten moest ondergaan centraal. Kon deze lijfstraf worden beschouwd als een “vernederende bestraffing”? Het Hof overweegt het volgende:

“[...] although the applicant did not suffer any severe or long-lasting physical effects, his punishment – whereby he was treated as an object in the power of the authorities – constituted an assault on precisely that which it is one of the main purposes of art. 3 to protect, namely a person’s dignity and physical integrity.”<sup>525</sup>

Het verband tussen artikel 3 EVRM en de menselijke waardigheid heeft gaandeweg nader vorm gekregen. In een latere zaak beschouwt het Hof een klacht van eisers dat zij zijn aangetast in hun waardigheid als een aanleiding om het geval aan artikel 3 EVRM te toetsen. De waardigheid van de klagers is in het geding, zo

522 Leenen heeft interessante kritiek op een dergelijke visie: “Eerbied voor het leven betekent niet eerbied voor alle biologisch leven in alle omstandigheden. Al is de mens ook een biologisch wezen en is de lichamelijke integriteit een beschermd rechtsgoed, het mens-zijn stijgt uit boven de biologische orde en wordt in belangrijke mate bepaald door geestelijke en ethische waarden. Eerbied voor het leven betekent eerbied voor het mens-zijn in al zijn aspecten, dus ook voor zijn beschikkingsrecht en voor zijn menselijke waardigheid” (Leenen 2000, p. 305-306).

523 M. Delmas-Marty, “Certitude et incertitudes du droit”, in: H. Atlan, M. Augé, M. Delmas-Marty, R.-P. Droit en N. Fresco, *Le clonage humain*, Parijs: Seuil 1999, p. 74.

524 Th. Mertens en M. Goodwin, “Wachten op de barbaren. De discussie over marteling tijdens ondervraging”, *NJB* 2006, afl. 7, p. 358-364.

525 *Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 33.

wordt in deze uitspraak gesteld, in het geval van “contempt or lack of respect for the personality of the applicants.”<sup>526</sup> Inmiddels gebruikt het Hof op eigen initiatief de menselijke waardigheid als toetsingskader voor artikel 3 EVRM.<sup>527</sup>

Niet alleen artikel 3 EVRM beschermt de lichamelijke integriteit. Minder ernstige schendingen van de lichamelijke integriteit, die de ondergrens van deze verdragsbepaling niet halen, komen in aanmerking voor bescherming van het recht op respect voor privéleven van artikel 8 EVRM. Dat de lichamelijke integriteit onder de reikwijdte van dit grondrecht valt, staat sinds het arrest *X en Y t. Nederland* vast. Volgens het arrest is “private life” een “concept which covers the physical and moral integrity of the person, including his or her sexual life.”<sup>528</sup> De redenering is “that a person’s body concerns the most intimate aspect of private life”.<sup>529</sup> Daarbij verstaat het Hof in deze en andere uitspraken onder de notie *lichamelijke integriteit* een afweerrecht, en niet een recht om zelf over het lichaam te beschikken. Ook het vereiste van informed consent voor medische ingrepen wordt daaronder begrepen, blijkt uit latere jurisprudentie.<sup>530</sup> Met andere woorden, het recht op respect voor privéleven omvat een recht op lichamelijke integriteit, waaruit het Hof vervolgens het toestemmingsvereiste en het recht op informatie afleidt. In de uitspraak *Juhnke* wordt het als volgt samengevat:

“[...] a decision imposing a medical intervention in defiance of the subject’s will would give rise to an interference with respect for his or her private life, and in particular his or her right to physical integrity. [...] any medical intervention against the subject’s will, or without the free, informed and express consent of the subject, constitutes an interference with his or her private life.”<sup>531</sup>

526 EHRM 28 mei 1985, NJ 1988, 187, m.nt. EAA (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 90-91.

527 Zie bijvoorbeeld EHRM 4 december 1995 (*Ribitsch t. Oostenrijk*), r.o. 38. De eiser in deze zaak is tijdens ondervraging door de politie mishandeld. Het Hof stelt vast dat er sprake is geweest van een onmenselijke en vernederende behandeling omdat zijn menselijke waardigheid is “verminderd”: “The Court emphasises that, in respect of a person deprived of his liberty, any recourse to physical force which has not been made strictly necessary by his own conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3 (art. 3) of the Convention. It reiterates that the requirements of an investigation and the undeniable difficulties inherent in the fight against crime cannot justify placing limits on the protection to be afforded in respect of the physical integrity of individuals.”

528 EHRM 26 maart 1985, NJ 1985, 525, m.nt. EAA (*X en Y t. Nederland*), r.o. 22.

529 EHRM 22 juli 2003 (*Y.F. t. Turkije*), r.o. 33.

530 Zie onder meer *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 63: “The imposition of medical treatment, without the consent of a mentally competent adult patient, would interfere with a person’s physical integrity in a manner capable of engaging the rights protected under Article 8 §1 of the Convention.” Zie verder: EHRM 22 juli 2003 (*Y.F. t. Turkije*), r.o. 33; EHRM 9 maart 2004, NJ 2005, 14 (*Glass t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 70 en 82; EHRM 5 oktober 2006 (ontv. besl.), EHRC 2007, 23, m.nt. A.C. Hendriks (*Trocellier t. Frankrijk*), r.o. 1; EHRM 13 mei 2008, EHRC 2008, 82, m.nt. E. Brems (*Juhnke t. Turkije*), r.o.71.

531 *Juhnke*, r.o. 76.

Ook in de context van artikel 3 EVRM speelt het toestemmingsbeginsel een rol. Medische experimenten of behandelingen met een ingrijpend karakter waarvoor de proefpersoon geen toestemming heeft gegeven, kunnen in bepaalde gevallen worden gekwalificeerd als een inbreuk op dit verdragsartikel. Het verband tussen het verbod op onmenselijke of vernederende behandelingen en het verbod op medische experimenten waaraan de proefpersoon zonder zijn toestemming wordt onderworpen, bleek reeds in 3.1.2, met name in de formulering van artikel 7 lid 1 IVBPR. Aan toestemming komt dus een zeker gewicht toe bij toetsing aan artikel 3 EVRM. Onduidelijk blijft echter in welke mate. Kan er geen sprake zijn van marteling of een onmenselijke behandeling wanneer het slachtoffer in kwestie toestemming ervoor heeft gegeven? In hoeverre speelt de subjectieve interpretatie van het slachtoffer een rol bij kwalificatie van een handeling als marteling of onmenselijke behandeling? Vaststaat dat het Hof verleende toestemming in ieder geval relateert wanneer die toestemming onder druk tot stand is gekomen.<sup>532</sup> Vermeulen duidt de betekenis van toestemming voor artikel 3 EVRM als volgt:

“It cannot be said in general whether the absence of consent to the treatment on the part of the person in question constitutes a necessary element of the prohibition of Article 3, but evidently it is a relevant factor. The consent of the person concerned may deprive an act, which would be felt by another to be inhuman or degrading, of that character. However, experiments and treatments are conceivable which are so inhuman or degrade the person to such an extent that the person in question, in spite of his previous consent, may feel himself to be the victim of a violation of Article 3. And in any case the consent of a particular victim need not bar a complaint by an indirect victim or an abstract complaint by a State concerning a general practice. On the other hand, the absence of consent does not in all cases give an inhuman character to treatment affecting human integrity. [...] However, the will of the person in question, in so far as he can be deemed capable of expressing it, must weigh heavily, since in principle he must be able to decide about his life and body as long as the life and the health of others are not at stake.”<sup>533</sup>

Uit de slotzin van dit citaat blijkt dat volgens Vermeulen aan het zelfbeschikkingsrecht in de context van artikel 3 EVRM veel gewicht dient toe te komen.<sup>534</sup>

Het is echter vooral onder artikel 8 dat lichamelijke zelfbeschikking van steeds grotere betekenis wordt in het verdrag. Dat geschiedt onder andere noemers dan

<sup>532</sup> Zie onder meer *Juhnke*, r.o. 76.

<sup>533</sup> B.P. Vermeulen, “Freedom from torture and other inhuman or degrading treatment or punishment (Article 3)”, in: P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn en L. Zwaak (red.), *Theory and practice of the European Convention of Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006, p. 418-419.

<sup>534</sup> Elders betoogt Vermeulen dat bij interpretatie van art. 3 EVRM de subjectieve uitleg, dat wil zeggen, de uitleg die het rechtssubject zelf aan het grondrecht geeft, zwaar dient mee te wegen, aangezien het een “normatief-open bepaling” betreft (Vermeulen 1992, p. 34).

lichamelijke integriteit, zoals persoonlijke autonomie, seksuele autonomie of gewoonweg zelfbeschikking. In de komende paragrafen zal blijken dat lichamelijke zelfbeschikking in de jurisprudentie van de laatste jaren zelfs de gedaante van een recht aanneemt, net zoals in de Nederlandse jurisprudentie en rechtsdogmatiek van een zelfbeschikkingsrecht wordt gesproken. Wat dat betreft heeft Velaers een vooruitziende blik gehad in 1996 met betrekking tot de toepassing van het recht op privacy op handelingen met het lichaam:

“Van belang voor de vrijheid inzake ‘leven en lichaam’ is echter vooral het recht op eerbiediging van de private levenssfeer. Een algemeen aanvaarde, alomvattende, begripsomschrijving van dit recht bestaat er niet. Ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens erkent dit. Toch is men het er thans over eens dat dit recht in hoofdzaak twee componenten heeft: enerzijds een ‘afweerrecht’, het recht op lichamelijke integriteit [...], en anderzijds [...] een ‘vrijheidsrecht’. Net zoals in de Amerikaanse rechtspraak, en wellicht onder invloed ervan, wordt er in de Europese rechtspraak steeds meer plaats geruimd voor een vrijheidsrecht om de fundamentele beslissingen over het eigen leven zelf te kunnen nemen.”<sup>535</sup>

Uit het gegeven dat lichamelijke zelfbeschikking tot het privéleven wordt gerekend, blijkt inderdaad dat artikel 8 EVRM niet slechts wordt uitgelegd als een afweerrecht, ofwel een “right to be let alone”, zoals de klassieke formulering van Warren en Brandeis luidt, maar ook een bepaalde vrijheid van handelen garandeert, zoals het recht bepaalde relaties met andere mensen of de buitenwereld te onderhouden. Van belang daarbij is dat het recht op persoonlijke ontwikkeling volgens het Hof eveneens besloten ligt in deze verdragsbepaling. In dat opzicht vertoont artikel 8 EVRM gelijkenis met het algemeen persoonlijkheidsrecht.<sup>536</sup>

Bovendien lijkt ook de relationele variant van het algemeen persoonlijkheidsrecht, waarbij men voor zijn persoonlijke ontplooiing afhankelijk is van derden (zie 3.1.4), tot op zekere hoogte te worden beschermd. Dat komt onder meer doordat artikel 8 EVRM niet alleen beschermt tegen willekeurige vormen van overheidsbemoeienis, maar daarnaast volgens vaste rechtspraak zogeheten *positieve verplichtingen* voor de overheid mee kan brengen die nodig zijn om het verdragsrecht te effectueren. De lidstaat in kwestie kan gedwongen worden bepaalde maatregelen te treffen ter verwezenlijking van het recht. Het gevolg is dat het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten vervaagt.

In dat verband laat de vraag zich stellen wat de omtrekken zijn van artikel 8 EVRM als claimrecht. Kan men op grond van het recht op respect voor privéleven

<sup>535</sup> Velaers 1996b, p. 152.

<sup>536</sup> Zo ook Heringa (A.W. Heringa, “Privé-leven en gezinsleven”, in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, J. van der Velde, *EVRM Rechtspraak & Commentaar*, Den Haag: SDU Uitgevers 1999, katern 3.8, p. 16).

toegang tot biomedische technieken afdwingen.<sup>537</sup> Een mogelijke redenering luidt dat gebruik van deze technieken noodzakelijk is om zich als persoon te kunnen ontplooiën. In deze paragraaf zullen we niet in concreto op die vraag ingaan. Pas in het volgende hoofdstuk wordt bijvoorbeeld het recht op toegang tot vormen van kunstmatige voortplanting bestudeerd. De rechten van transseksuelen in het kader van het EVRM zullen later in dit hoofdstuk aan bod komen. Maar ook los van deze jurisprudentie kan er reeds worden vastgesteld dat er grenzen zijn aan de aanspraken die men aan artikel 8 EVRM kan ontlenen, met name daar waar het de beschikking over schaarse goederen betreft. Dat blijkt duidelijk uit de ontvankelijkheidsbeslissing *Sentges t. Nederland*.

Nikky Sentges lijdt aan de ziekte van Duchenne, een ernstige spierziekte, waardoor hij in het dagelijks leven voor de meeste handelingen, zelfs eten en drinken, volledig afhankelijk is van de hulp van anderen. De stand van de techniek is zover dat hem een robotarm kan worden verstrekt, die hem in staat stelt zelfstandiger door het leven te gaan. Het ziekenfonds weigert de kosten van deze kostbare arm echter te verstrekken, en ook de Nederlandse rechter toont zich niet gevoelig voor zijn verzoek. In zijn klacht bij het Europese Hof stelt Sentges dat zelfbeschikking en autonomie tot de beschermde waarden van artikel 8 EVRM behoren. De robotarm zou zijn vermogen tot zelfbeschikking en daarmee zijn *quality of life* verhogen, zodat weigering de kosten te vergoeden neerkomt op een schending van zijn recht op respect voor privéleven. Het Hof gaat niet in deze redenering mee en verklaart Sentges' klacht niet-ontvankelijk. De voornaamste reden is dat het Hof in dit geval een extra brede beoordelingsmarge aan de lidstaat laat. Is de beoordelingsmarge al ruim in gevallen waarin de lidstaat een afweging moet maken tussen de belangen van het individu en de gemeenschap,

“the margin of appreciation is even wider when, as in the present case, the issues involve an assessment of the priorities in the context of the allocation of limited state resources. In view of their familiarity with the demands made on the health care system as well as with the funds available to meet those demands, the national authorities are in a better position to carry out this assessment than an international court. [...] The Court by no means wishes to underestimate the difficulties encountered by the applicant and appreciates the very real improvement which a robotic arm would entail for his personal autonomy and his ability to establish and develop relationships with other human beings of his choice. Nevertheless the Court is of the opinion that in the circumstances of the present case it cannot be said that the respondent State exceeded the margin of appreciation afforded to it.”<sup>537</sup>

Met andere woorden, lidstaten zijn zelf beter in staat een juiste afweging te maken wanneer het gaat om de allocatie van schaarse goederen. Daarom laat het Hof in

537 EHRM 8 juli 2003 (ontv. besl.), *NJCM-bull.* 2004, p. 54, m.nt. A. Hendriks (*Sentges t. Nederland*).

deze kwestie een brede beoordelingsmarge aan de lidstaten, ook al is Sentges' persoonlijke autonomie in het geding.

Tot slot nog een opmerking over de beperkingsclausules van het verdrag. Zoals uit bovenstaand overzicht blijkt, is het met name onder artikel 8 EVRM dat persoonlijke ontplooiing, autonomie en zelfbeschikking worden beschermd. Dat wil echter niet zeggen dat iedere beperking van zelfbeschikking automatisch een schending van artikel 8 EVRM oplevert. Daaraan staat het tweede lid van het verdragsartikel in de weg. In tegenstelling tot het verbod op onmenselijke en vernederende behandelingen van artikel 3 EVRM zijn beperkingen op het recht op respect voor privéleven onder bepaalde voorwaarden toegestaan. Zij moeten volgens lid 2 bij wet zijn voorzien, en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving "in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen." In het kader van toetsing aan artikel 8 EVRM gaat het Hof daarom eerst na of er sprake is van een inbreuk op het verdragsrecht, en bekijkt vervolgens of deze inbreuk gerechtvaardigd is in het licht van lid 2. Het voordeel hiervan is dat de overige belangen en waarden die in het geding zijn openlijk tegen het recht op privacy door het Hof worden afgewogen.

In deze paragraaf is gebleken dat het Hof gebruik maakt van beginselen en waarden uit verschillende Europese juridische en ethische tradities om vorm te geven aan de rechten die men met betrekking tot zijn lichaam heeft. Lichamelijke integriteit, zelfbeschikking, persoonlijke autonomie, informed consent, quality of life, menselijke waardigheid en de beschermwaardigheid van leven maken alle deel uit van het Europese juridische kader. In de volgende paragrafen wordt bekeken hoe deze verschillende bioethische principes door het Hof worden uitgelegd, toegepast en tegen elkaar afgewogen in vier verschillende kwesties: hulp bij zelfdoding, transseksualiteit, seksualiteit en lijkschennis.

### 3.3.3 Hulp bij zelfdoding

Weinig arresten hebben afgelopen tijd zo'n stempel op de EVRM-jurisprudentie gedrukt als Diane Pretty's zaak tegen het Verenigd Koninkrijk.<sup>538</sup> Pretty lijdd aan een ernstige ziekte, *motor neurone disease*, die verlamming van de spieren veroorzaakt, uiteindelijk resulterend in een fatale verstikking. Op het moment dat de zaak werd behandeld had zij nog slechts enkele weken leven in het vooruitzicht. Haar lijden was sinds enige tijd zo ondraaglijk, dat ze een einde aan haar leven

538 EHRM 29 april 2002, NJ 2004, 543, m.nt. EAA (*Pretty t. Verenigd Koninkrijk*; NJCM-Bull. 2002, p. 910, m.nt. E. Myjer; EHRC 2002, 47, m.nt. J.H. Gerards en H.L. Janssen).



wenste te maken. Doordat de verlamming inmiddels Pretty's lichaam vanaf de nek in haar greep had, was zij daartoe echter niet in staat. Haar echtgenoot was bereid om haar hierbij te helpen, maar riskeerde daarmee te worden vervolgd door de Britse autoriteiten. Daarom had Pretty een verzoek bij het Britse Openbaar Ministerie ingediend om haar man vrij te stellen van vervolging, een verzoek dat haar tot in hoogste nationale instantie werd geweigerd. Daarop diende ze een klacht in bij het Hof te Straatsburg, waarbij ze onder meer schending van de artikelen 2, 3 en 8 EVRM claimde.

Centraal in het arrest staat de vraag of lidstaten een positieve verplichting hebben om hulp bij zelfdoding onder bepaalde omstandigheden toe te staan. Deze vraag wordt op meerdere niveaus ontkennend beantwoord. Het Hof acht geen van de verdragsrechten geschonden, en wijst Pretty's klachten volledig af. Wel komt het Hof tot een aantal baanbrekende overwegingen, met name omtrent de betekenis van zelfbeschikking voor het verdrag. Kort na de uitspraak overlijdt Pretty.

Op het eerste gezicht lijkt het wellicht vreemd dat Pretty zich mede beroept op het recht op leven, terwijl ze nu juist haar leven wil beëindigen. Laten we echter niet vergeten dat volgens de visie van Leenen en anderen de individuele grondrechten op het zelfbeschikkingsrecht zijn gefundeerd, zoals bleek bij de bespreking van artikel 11 Gw. In beginsel is ook het recht op leven daarmee als vorm van zelfbeschikking te begrijpen. Hoewel bijvoorbeeld Leenen niet specifiek stelt dat zelfbeschikking aan artikel 2 EVRM ten grondslag ligt, wijst het volgende citaat sterk in die richting:

“Eerbied voor het leven betekent eerbied voor het mens-zijn in al zijn aspecten, dus ook eerbied voor zijn eigen beschikkingsrecht en voor zijn menselijke waardigheid. Eerbied voor het leven aan het einde daarvan betekent zorg dat mensen op zo waardig mogelijke wijze kunnen sterven en eerbiediging van hun recht tot zelfbeschikking.”<sup>539</sup>

Wanneer zelfbeschikking de grondslag vormt van artikel 2 EVRM, en het verdragsartikel dus een beschikkingsvrijheid beschermt, omvat het recht op leven eveneens een daaraan tegengesteld recht, namelijk het recht om te sterven.<sup>540</sup> Het is deze logica die Pretty hanteert. Zij stelt dat artikel 2 EVRM een keuzevrijheid ten aanzien van de voortzetting van het leven behelst.<sup>541</sup> Het Hof sluit deze interpretatie evenwel uit. Het recht op leven beschermt het leven als een intrinsiek en onvervreemdbaar goed. De bepaling dient volgens het Hof niet te worden opgevat

539 Leenen 2000, p. 306.

540 Zie over deze discussie: Buijsen 2002a; en Den Hartogh 2003a.

541 *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 35.

als een recht om vrijelijk over het leven te beschikken, noch ziet het op het belang bij een bepaalde kwaliteit van leven:

“Article 2 of the Convention [...] is unconcerned with issues to do with the quality of living or what a person chooses to do with his or her life. To the extent that these aspects are recognised as so fundamental to the human condition that they require protection from State interference, they may be reflected in the rights guaranteed by other Articles of the Convention, or in other international human rights instruments. Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely a right to die; nor can it create a right to self-determination in the sense of conferring on an individual the entitlement to choose death rather than life.”<sup>542</sup>

Het Hof laat er geen misverstand over bestaan: aan artikel 2 EVRM kan geen recht op zelfbeschikking over het eigen leven worden ontleend. Deze verdragsbepaling ziet op een objectief rechtsgoed,<sup>543</sup> het leven, zodat er geen recht op sterven aan kan worden ontleend, laat staan een recht op hulp bij zelfdoding of een plicht van de overheid om de dood te faciliteren. Betekent deze lezing van artikel 2 EVRM dat landen waarin euthanasie of hulp bij zelfdoding onder voorwaarden wel zijn toegestaan, zoals Nederland, in overtreding zijn van het verdrag? Het Hof maakt expliciet een onderscheid tussen dit vraagstuk en de kwestie van het onderhavige arrest. Als het recht op leven geen recht op sterven omvat, wil dat nog niet zeggen dat legalisering van euthanasie in strijd zou zijn met het verdrag, of dat men een plicht zou hebben zijn leven voort te zetten. Het wil slechts zeggen dat uit het artikel geen recht op euthanasie kan worden afgeleid. Het Hof weigert algemene uitspraken te doen over de toelaatbaarheid van euthanasie vanuit het verdrag bezien, en stelt dat het per geval moet worden bezien. De meeste Nederlandse auteurs betogen echter dat mag worden aangenomen dat het Nederlandse euthanasiebeleid niet in strijd is of in ieder geval niet onverenigbaar is met het objectieve rechtsgoed dat aan artikel 2 EVRM ten grondslag ligt: de beschermwaardigheid van leven.<sup>544</sup>

De volgende klacht van Pretty luidt dat de weigering van de overheid medewerking te verlenen aan haar wens te sterven, neerkomt op een vernederende behandeling, zoals verboden door artikel 3 EVRM. Het voornaamste bezwaar dat het Hof tegen deze redenering heeft is dat het, kort gezegd, te ver gaat om de weigering van het OM te kwalificeren als een “behandeling” in de zin van artikel 3 EVRM, nog los van de vraag of deze behandeling vernederend zou zijn. Een

542 *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 39.

543 Den Hartogh 2003a, p. 99.

544 Zie onder meer de noot van Myjer bij het arrest (*NJCM-Bull.* 2002, p. 910); de noot van Gerards en Janssen bij het arrest (*EHRC* 2002, 47); Den Hartogh 2003a, p. 101; Pans 2006, p. 214; en Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 340.

dergelijke uitleg van het concept *behandeling* zou in strijd zijn met een coherente uitleg van de grondslagen van het verdrag, en haaks staan op de ratio van artikel 2 EVRM. Tegemoetkoming aan Pretty's verzoek "would require that the State sanction actions intended to terminate life, an obligation that cannot be derived from Article 3 of the Convention".<sup>545</sup>

Bij toetsing aan artikel 8 EVRM, het recht op privacy, komt het Hof nog het meest tegemoet aan Pretty's klachten, al hoewel wederom geen verdragsschending wordt geconstateerd. Pretty had haar klacht in de vorm van een aantasting van "the right to self-determination" gegoten. Volgens haar loopt dit zelfbeschikkingsrecht als een rode draad door het hele verdrag, maar is vooral artikel 8 EVRM aan te merken als de belichaming van dit principe. Zij beschreef het recht op zelfbeschikking als "the right to make decisions about one's body and what happened to it."<sup>546</sup> De Britse overheid had daar tegenin gebracht dat artikel 8 EVRM "covered the manner in which a person conducted her life, not the manner in which she departed from it."<sup>547</sup> Het Hof gaat voor een belangrijk deel met Pretty's lezing van het recht op respect voor privéleven mee:

"Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees."

Hoewel hier nog niet van een zelfbeschikkingsrecht wordt gesproken, is het in deze passage dat het Hof voor het eerst de persoonlijke autonomie als onderliggend beginsel van artikel 8 EVRM noemt. Zoals nog zal blijken, vormt deze erkenning het startpunt van een ontwikkeling waarin het beginsel van zelfbeschikking van steeds meer belang voor de interpretatie van artikel 8 EVRM wordt. Onder persoonlijke autonomie begrijpt het Hof de vrijheid om je leven te leiden zoals het je goed dunkt, hetgeen doet denken aan Leenens beschrijving van het zelfbeschikkingsrecht:<sup>548</sup>

"The Court would observe that the ability to conduct one's life in a manner of one's own choosing may also include the opportunity to pursue activities perceived to be of a physically or morally harmful or dangerous nature for the individual concerned. [...] even where the conduct poses a danger to health, or arguably, where it is of a life-threatening nature, the case-law of the Convention institutions has regarded the

<sup>545</sup> *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 55.

<sup>546</sup> *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 58.

<sup>547</sup> *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 60.

<sup>548</sup> "Zelfbeschikkingsrecht houdt eigen keuze van normen en waarden met betrekking tot het eigen leven in, ook al kan dat een afwijking betekenen van in de samenleving van dat moment gangbare normen en waarden" (Leenen 2000, p. 33).

State's imposition of compulsory or criminal measures as impinging on the private life of the applicant within the scope of Article 8 § 1 and requiring justification in terms of the second paragraph.”<sup>549</sup>

Deze lezing van het respect voor privéleven van artikel 8 EVRM gaat volgens het Hof zelfs zover dat men er een recht aan kan ontlelen om handelingen te verrichten die schadelijk zijn voor de eigen gezondheid of gevaar voor eigen leven opleveren. Het Hof rechtvaardigt deze uitleg door verwijzing naar “the very essence of the Convention” hetgeen het respect voor de menselijke waardigheid en vrijheid is.<sup>550</sup> Op die manier wordt de menselijke waardigheid hier met vrijheid, autonomie en zelfbeschikking in verband gebracht. Een dergelijke uitleg komt overeen met wat eerder *menselijke waardigheid in haar individuele dimensie* werd genoemd. Dat blijkt ook uit het gegeven dat het Hof de doorslag geeft aan de subjectieve interpretatie die Pretty van de menselijke waardigheid geeft, zoals in de volgende rechtsoverweging: “The applicant in this case is prevented by law from exercising her choice to avoid what *she considers* will be an *undignified* and distressing end to her life” (cursivering BvB).<sup>551</sup> Het Hof overweegt bovendien dat het onder dit verdragsrecht en deze interpretatie van menselijke waardigheid is dat een notie als “quality of life” betekenis krijgt. Dat duidt erop dat Pretty’s subjectieve beleving en interpretatie tot uitgangspunt zijn genomen. Daarbij wordt overwogen dat juist in een tijdperk waarin de medische techniek zich sterk ontwikkelt, diepgewortelde gedachten over de eigen identiteit en persoon uitgesprokener worden.<sup>552</sup> Deze overwegingen sluiten aan bij de centrale gedachte die volgens de Nederlandse medische ethiek en rechtsdogmatiek aan het zelfbeschikkingsrecht ten grondslag ligt. In een medische wereld, die in technisch en bureaucratisch opzicht steeds machtiger wordt, verdient de zeggenschap van de patiënt over zijn eigen lichaam extra bescherming.

Bij een dergelijke uitleg zal het niet verbazen dat het Hof van oordeel is dat de Britse overheid een inbreuk op Pretty’s recht op respect voor privéleven heeft gemaakt. Dat desondanks het eindoordeel luidt dat er geen sprake is van verdragsschending, komt doordat het Hof de inbreuk gerechtvaardigd acht in het licht van lid 2 van artikel 8 EVRM. Partijen zijn het erover eens dat de inbreuk was voorzien bij wet, en dat de Britse overheid met haar beleid een van de legitieme doeleinden nastreefde die in lid 2 worden genoemd: het beschermen van leven en dus van “de rechten van anderen.” De enige resterende vraag luidt of dit beleid, dat een inperking vormt van Pretty’s autonomie, noodzakelijk is in een democratische samenleving met het oog op de bescherming van de rechten

549 *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 62.

550 *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 65.

551 *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 67.

552 *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 65.

van anderen. Bij het beantwoorden van die vraag laat het Hof een brede beoordelingsmarge aan de lidstaat. Ook al treft het beleid Pretty in de meest persoonlijke aspecten van haar leven, hetgeen volgens de vaste jurisprudentie van het Hof een grond vormt voor een smalle beoordelingsmarge, toch geeft het Hof de voorkeur aan een andere redenering. Hierdoor slaat het arrest toch nog om in een voor haar negatief eindoordeel.

Het Hof geeft toe dat Pretty goed in staat is haar eigen afwegingen te maken, en in die zin niet als kwetsbaar dient te worden aangemerkt. Maar dat vormt nog geen reden voor versoepeling van het beleid ten aanzien van hulp bij zelfdoding. Niet iedereen die zich in de terminale fase bevindt zal zo weerbaar zijn als Pretty, overweegt het Hof. De overheid heeft zich als algemeen doel gesteld het leven van de kwetsbaren in de samenleving te beschermen, die niet langer in staat zijn een weloverwogen beslissing ten aanzien van hun leven te nemen. In hoeverre een versoepeling van het beleid risico's voor deze groep ten gevolge heeft, is naar het oordeel van het Hof een afweging die primair aan de staat is om te maken.<sup>553</sup> Met andere woorden, de beoordelingsmarge die aan de lidstaat moet worden gelaten dient op dit punt breed te zijn. Binnen de marginale toetsing die het Hof vervolgens toepast, oordeelt het Hof dat de inbreuk op Pretty's privéleven en autonomie niet disproportioneel is. Daarmee is de inperking van haar recht gerechtvaardigd, zodat de conclusie luidt dat het Verenigd Koninkrijk artikel 8 EVRM niet heeft geschonden.

Lijkt het Hof hier een aantal belangwekkende knopen door te hakken, toch blijft er na deze uitspraak onduidelijkheid bestaan over de plaats die zelfbeschikking in het oordeel als geheel inneemt. Buijsen legt de nadruk op de uitleg die het Hof geeft van artikel 2 EVRM. In zijn beschouwing over de *Pretty*-zaak plaatst hij de interpretatie van het Hof van artikel 2 EVRM in het licht van de menselijke waardigheid, die, volgens Buijsen, ook door de Raad van Europa als onschendbaar en onvervreemdbaar moet worden opgevat. Over het recht op leven stelt hij daarom: "Ook met instemming van de betrokkene is elke inbreuk een schending."<sup>554</sup> Buijsen waarschuwt dat het nog niet eens zo zeker is of dat het Nederlandse euthanasie-beleid de toets aan artikel 2 EVRM kan doorstaan.

Leenen is een andere mening toegedaan. In een reactie op Buijsen benadrukt Leenen, net als elders,<sup>555</sup> dat individuele grondrechten als artikel 2 EVRM niet de vrijheid van het individu beogen in te perken.<sup>556</sup> Ook andere auteurs leggen in hun lezing van het arrest de nadruk op de erkenning van het beginsel van persoonlijke autonomie, en menen zelfs dat het Hof uit artikel 8 EVRM het recht

553 *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 74.

554 Buijsen 2002b.

555 H.J.J. Leenen, "Artikel 2", in: J.K.M. Gevers (red.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994, p. 34; Leenen 2000, p. 305.

556 Zie H.J.J. Leenen 2002a, p. 1899-1900; en H.J.J. Leenen (2002b), "Geen recht op een zachte dood. Een reactie op Buijsen", *Medisch Contact*, Jaargang 57 nr. 37, 13 september 2002.

op zelfbeschikking heeft afgeleid,<sup>557</sup> al hoewel het Hof hier alleen in termen van een beginsel redeneerde. Janssen gaat nog verder en schrijft dat het Hof, zij het met veel reserves, in *Pretty* een aanspraak op hulp bij zelfdoding heeft erkend.<sup>558</sup>

Wat dat betreft biedt het arrest voor ieder wat wils. Die ambivalentie is echter niet alleen het resultaat van de voorzichtige houding van het Hof. Zij vloeit vooral voort uit de aard van het dilemma dat door het vraagstuk van hulp bij zelfdoding wordt opgeworpen. In *Pretty* komt het spanningsveld tussen twee verdragsrechten, namelijk het recht op leven en het recht op privacy, aan het licht. Op een dieper niveau is er sprake van een fundamentele spanning tussen objectieve en subjectieve belangen, tussen gemeenschapswaarden en zelfbeschikking, en tussen twee lezingen van de menselijke waardigheid. Het Hof legt die spanning in zijn oordeel bloot, zonder volledig voor een van beide zijden te kiezen. Het oordeel berust onvermijdelijk op een afweging tussen beide waarden. We kunnen daarom met Janssen concluderen dat ook na *Pretty* de gelding en afdwingbaarheid van het recht op zelfbeschikking nog allerminst vaststaan.<sup>559</sup>

Toch kan jaren na dato worden geconstateerd dat deze uitspraak het startschot heeft gevormd voor de opmars van het principe van zelfbeschikking in de context van het EVRM. Dat blijkt reeds uit het arrest *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk* dat kort na deze uitspraak is gewezen. In deze zaak staan de rechten van post-operatieve transseksuelen ter discussie. Dat het Hof in deze zaak na een jaren lange jurisprudentie-lijn besloot om te gaan, komt mede door de zelfbeschikkingstrend die met het *Pretty*-arrest was ingezet, zo zal in de volgende paragraaf naar voren komen.

### 3.3.4 Transseksualiteit

De jurisprudentie van het Hof over transseksualiteit vormt een schoolvoorbeeld van de dynamiek die artikel 8 EVRM door de uitleg van het Hof heeft gekregen. In de uitspraken geeft het Hof blijk van het belang van maatschappelijke en culturele opvattingen voor zijn oordeel, opvattingen die volgens het Hof sinds het eerste arrest in 1986 geleidelijk zijn veranderd.

Binnen de jurisprudentie dient een onderscheid te worden gemaakt tussen verschillende typen claims met betrekking tot transseksualiteit. In de eerste zaken voor het Hof staat de vraag centraal of lidstaten ex artikel 8 EVRM de positieve verplichting hebben om bestaande registraties, zoals geboorteregisters of identiteitspapieren, aan te passen aan de geslachtsverandering die bij de transsek-

557 Zie de noot van Gerards en Janssen bij het arrest (EHRC 2002, 47); en zie H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid* (diss. Maastricht), Den Haag 2003, p. 386 e.v. Ook Alkema meent "dat het EHRM [...] het (individuele) recht op zelfbeschikking aanmerkt als notie die ten grondslag ligt aan art. 8" (NJ 2004, 543, §4).

558 Janssen 2003, p. 385.

559 Janssen 2003, p. 397.

sueel heeft plaats gevonden. Deze jurisprudentie-lijn loopt tot het *Goodwin*-arrest uit 2003. Daarnaast heeft het Hof zich gebogen over vragen met betrekking tot het recht van transseksuelen om te huwen,<sup>560</sup> erkend te worden als vader in de geboorteregisters,<sup>561</sup> pensioenrechten,<sup>562</sup> de toegang tot medische faciliteiten voor een geslachtsveranderende operatie,<sup>563</sup> en de vergoeding van de kosten voor een dergelijke operatie.<sup>564</sup>

Dat het Hof in de eerste zaken weinig principiële uitspraken doet over de rechten van transseksuelen, heeft te maken met de brede marge die lidstaten wordt gegund om de situatie te beoordelen.<sup>565</sup> De reden daarvoor is, zo stelt het Hof in 1986 in *Rees*, dat er met betrekking tot deze materie op het moment van het arrest weinig “common ground” tussen de lidstaten is, en dat “het recht zich in een overgangsfase lijkt te bevinden.”<sup>566</sup> Op grond daarvan toetst het Hof slechts marginaal en oordeelt dat er geen sprake van schending door de lidstaat is geweest. Het oordeel wordt wel afgesloten met een kanttekening:

“the Convention has always to be interpreted and applied in the light of current circumstances. The need for appropriate legal measures should therefore be kept under review having regard particularly to scientific and societal developments.”<sup>567</sup>

In deze zaken, maar meer in het algemeen in de EVRM-jurisprudentie over omstreden onderwerpen, kunnen we op die manier goed zien welke tactiek het Hof volgt om de morele verdeeldheid het hoofd te bieden: zoeken naar een “common ground.” Die gemene deler kan juridisch-feitelijk van aard zijn, namelijk wanneer de meeste rechtsstelsels blijken te geven van dezelfde juridische en morele opvattingen. Maar die deler kan ook worden gevonden in een sfeer die verondersteld wordt zich aan de morele en juridische verdeeldheid te onttrekken: de wetenschap. Bij gebreke aan morele consensus kan de wetenschap als een soort Archimedisches punt fungeren, lijkt de achterliggende gedachte. Op

560 EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2002, *NJCM-Bull.* 2003, 330, m.nt. P. van Dijk (*Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*; EHRC 2002, 74, m.nt. H. Janssen en J. van der Velde); EHRM 28 november 2006 (ontv. besl.), EHRC 2007, 27, m.nt. H.L. Janssen (*Parry t. Verenigd Koninkrijk*).

561 EHRM 22 april 1997, *NJ* 1998, 235 (*X, Y en Z t. Verenigd Koninkrijk*).

562 EHRM 23 mei 2006, EHRC 2006, 96, m.nt. H.M. Griffioen (*Grant t. Verenigd Koninkrijk*).

563 EHRM 11 september 2007, EHRC 2007, 131 (*L. t. Litouwen*).

564 EHRM 12 juni 2003, AB 2003, 437, m.nt. B.C. van Beers en BPV (*Van Kück t. Duitsland*; EHRC 2003, 61, m.nt. Gerards).

565 EHRM 17 oktober 1986, *NJ* 1987, p. 945, m.nt. EEA (*Rees t. Verenigd Koninkrijk*; *NJCM-Bull.* 1987, 545, m.nt. L.F. Zwaak); EHRM 27 september 1990, *NJ* 1995, 678, m.nt. EEA (*Cossey t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 25 maart 1992, *NJ* 1995, 679, m.nt. EEA (*B. t. Frankrijk*; *NJCM-Bull.* 1993, 74, m.nt. L.F. Zwaak); EHRM 22 april 1997, *NJ* 1998, 235 (*X, Y en Z t. Verenigd Koninkrijk*); en EHRM 30 juli 1998, *NJCM-Bull.* 1999, 241, m.nt. S.H.E.M. Wijte (*Sheffield en Horsham t. Verenigd Koninkrijk*). Ik reken EHRM 1 maart 1979 (ontv. besl.) (*Van Oosterwijck t. België*) niet mee omdat deze zaak strandde op ontvankelijkheidsgebreken.

566 *Rees t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 37.

567 *Rees t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 47.

deze toevlucht tot de wetenschap wordt ook wel kritiek geuit. Zoals een aantal dissenters bij de zaak *Sheffield en Horsham* het bondig formuleren: “Respect for privacy rights should not [...] depend on exact science.”<sup>568</sup> Dergelijke kritiek komt in hoofdstuk 7 uitgebreider aan bod.

In de arresten die op *Rees* volgen, gaat het Hof daarom telkens na of zich intussen wel een juridische of medische consensus aftekent met betrekking tot de erkenning van transseksualiteit. In de eerste vijf zaken is de verdeeldheid echter nog zo groot, dat het Hof slechts eenmaal oordeelt dat een lidstaat zijn ruim toebedeelde beoordelingsmarge heeft overschreden.<sup>569</sup> De zaken zorgen wel voor de nodige onenigheid, hetgeen een aantal interessante *dissenting opinions* oplevert. Ik kom daar nog op terug.

Pas in de zesde zaak over transseksualiteit die aan het Hof wordt voorgelegd, de eerder genoemde zaak *Christine Goodwin*,<sup>570</sup> acht het Hof de tijd rijp voor de erkenning van de rechten van post-operatieve transseksuelen. Het Hof constateert een “continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals”.<sup>571</sup> De brede beoordelingsmarge van de lidstaat moet, bij het bestaan van een dergelijke breed gedragen maatschappelijke en juridische acceptatie, worden omgewisseld voor een smallere. Het Hof komt tot de volgende conclusie: het uit artikel 8 EVRM voortvloeiende geheel van positieve verplichtingen omvat mede een verplichting om het recht op privacy van een post-operatieve transseksueel te respecteren via de juridische erkenning van haar of zijn geslachtsverandering. Al hoewel er op medisch-wetenschappelijk terrein nog steeds verdeeldheid heerst ten aanzien van de oorzaken en de aard van transseksualiteit,<sup>572</sup> is er volgens het Hof inmiddels sprake van voldoende sociale en juridische erkenning van de transseksuele identiteit. De *unanieme* conclusie van de Grote Kamer luidt dan ook dat artikel 8 EVRM is geschonden.

Deze conclusie fundeert het Hof mede op een lezing van artikel 8 EVRM als een recht op erkenning van de persoonlijke identiteit: “It must [...] be recognized that serious interference with private life can arise where the state of domestic law conflicts with an important aspect of personal identity.” Het Hof leidt dat af uit *Dudgeon* waarin de persoonlijke identiteit van homoseksuelen in het geding was.<sup>573</sup> Met andere woorden, respect voor privacy kan zekere positieve verplich-

568 *Joint partly dissenting opinion* van Bernhardt, Thór Vilhjálmsson, Spielmann, Palm, Wildhaber, Makarczyk en Voicu bij *Sheffield en Horsham t. Verenigd Koninkrijk*.

569 In *B. t. Frankrijk*.

570 EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2002, NJCM-Bull. 2003, 330, m.nt. P. van Dijk (*Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*; EHRC 2002, 74, m.nt. H. Janssen en J. van der Velde). Zie ook het op dezelfde dag gewezen EHRM 11 juli 2002, zaak 25680/94 (*I. t. Verenigd Koninkrijk*).

571 *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 85.

572 *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 81 en 83.

573 R.o. 77. In de rechtsoverweging waarnaar het Hof in *Goodwin* verwijst, r.o. 41, wordt de persoonlijke identiteit echter niet als zodanig genoemd.



tingen met zich meebrengen ter erkenning van de persoonlijke identiteit van het rechtssubject.

Nog interessanter is dat de lijn, die enige maanden eerder voorzichtig was uitgezet in *Pretty*, in deze uitspraak wordt doorgetrokken. Wederom stelt het Hof dat respect voor menselijke waardigheid en vrijheid aan het verdrag ten grondslag liggen, en brengt dat in verband met het beginsel van persoonlijke autonomie. Mede gezien dit beginsel van autonomie “protection is given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings”.<sup>574</sup> Net als in *Pretty* brengt het Hof de menselijke waardigheid dus in verband met persoonlijke autonomie. Het Hof voegt daar nu echter aan toe dat een ieder op grond van dit beginsel het recht heeft zijn identiteit zelf vorm te geven. Zo krijgt de *dissenting opinion* die rechter Martens in 1990 bij de *Cossey*-zaak schreef alsnog bijval. Martens betoogde daarin dat transseksualiteit uit hoofde van de menselijke waardigheid erkenning zou moeten vinden:

“The principle which is basic in human rights and which underlies the various specific rights spelled out in the Convention is respect for human dignity and human freedom. Human dignity and human freedom imply that a man should be free to shape himself and his fate in the way that he deems best fits his personality. A transsexual does use those very fundamental rights. He is prepared to shape himself and his fate.”<sup>575</sup>

Zijn woorden zijn voor meerdere uitleg vatbaar, maar hij lijkt op dit punt uiteindelijk een verstrekkend recht tot zelfdefiniëring en lichaamsmodificatie voor te staan. De waardigheid van de mens is volgens deze interpretatie gelegen in zijn vermogen zichzelf en zijn persoonlijkheid vorm te geven. Martens’ uitleg van de menselijke waardigheid past daarmee duidelijk in de zelfbeschikkingstraditie.

Ook rechter van Dijk, *dissenter* bij de latere *Sheffield en Horsham*-uitspraak uit 1999, laat geen twijfel over zijn visie op zelfbeschikking bestaan. Hij leidt uit het EVRM een ondubbelzinnig *recht* op zelfbeschikking af. Over de oorsprong van dat zelfbeschikkingsrecht stelt hij:

“The right to self-determination has not been separately and expressly included in the Convention, but is at the basis of several of the rights laid down therein, especially the right to liberty under Article 5 and the right to respect for private life under Article 8. Moreover, it is a vital element of the ‘inherent dignity’ which, according to the Preamble to the Universal Declaration of Human Rights, constitutes the foundation of freedom, justice and peace in the world.”<sup>576</sup>

574 R.o. 90.

575 Martens’ *dissenting opinion*, sub 2.7 bij *Cossey*.

576 Van Dijks *dissenting opinion* bij *Sheffield en Horsham t. Verenigd Koninkrijk*, sub 5.

Met andere woorden, Van Dijk leidt het recht op zelfbeschikking niet alleen uit de ratio van het EVRM af, maar uit de alomvattende gedachte van menselijke waardigheid, althans zijn interpretatie ervan. Zo ver als Martens en Van Dijk wil het Hof in de zaak *Goodwin* nog niet gaan. Het Hof is voorzichtiger en concludeert dat we in de 21e eeuw niet langer om “the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security in the full sense”<sup>577</sup> heen kunnen. Met andere woorden, artikel 8 EVRM omvat een recht op persoonlijke ontwikkeling, ofwel een soort algemeen persoonlijkheidsrecht, op grond waarvan de lidstaten de identiteit van een post-operatieve transseksueel moeten erkennen. Het resultaat is een overwinning voor Goodwin, en met haar vele andere transseksuelen woonachtig in EVRM-lidstaten. Lidstaten kunnen niet langer met een beroep op hun eigen beoordelingsmarge weigeren een plaats voor transseksuelen in te ruimen in de nationale rechtsorde.

Een implicatie van een dergelijke erkenning van de transseksuele identiteit kan zijn dat transseksuelen ook het recht hebben om te trouwen met iemand van het geslacht dat hij of zij voorheen zelf had. Dat is natuurlijk van belang gezien het feit dat het homohuwelijk nog lang niet overal is aanvaard. Het Hof is consequent en oordeelt in het vervolg van de uitspraak dat post-operatieve transseksuelen op basis van artikel 12 EVRM eveneens het recht toekomt om te trouwen met iemand van hun voormalige geslacht.

We kunnen ons afvragen welke rol het zelfbeschikkingrecht in de *Goodwin*-uitspraak heeft gespeeld. Is de eigen interpretatie van de transseksueel van het grondrecht doorslaggevend geweest? En berust Goodwins overwinning op de erkenning van een zelfbeschikkingsrecht in de vorm van een recht op seksuele zelfdefiniëring? Het antwoord op beide vragen luidt niet eenduidig positief of negatief. Zoals gebruikelijk in de rechtspraak van het Europese Hof berust het oordeel op een afweging tussen de gemeenschapsbelangen en de belangen van het rechtssubject.<sup>578</sup> Binnen de publieke belangen maakt het Hof een onderscheid tussen wetenschappelijke en medische overwegingen, het bestaan van Europese en internationale consensus, en de gevolgen van juridische erkenning voor het geboorteregistersysteem. Het Hof legt, door na te gaan of er inmiddels een internationale consensus op het terrein bestaat, een toets aan de dag die losstaat van de visie van transseksuelen op hun eigen recht op privacy.<sup>579</sup> Ook wordt in de uitspraak onder meer belang gehecht aan de internationale erkenning van transseksualiteit als een medische aandoening die om behandeling vraagt, ook al bestaat er nog altijd medisch-wetenschappelijk gezien onenigheid over de oorzaak van transseksualiteit. Daarbij benadrukt het Hof dat geslachtsveranderende operaties

577 *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 90.

578 “[...] regard must also be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual, the search for which is inherent in the whole of the Convention” (*Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 72).

579 Mendelts 2002, p. 199.

in de meeste lidstaten als een adequate behandelmethode worden aanvaard. Gegeven deze medische erkenning van transseksualiteit als medische aandoening, en gegeven de internationale consensus over de juridische erkenning van de nieuwe seksuele identiteit van post-operatieve transseksuelen, acht het Hof de tijd rijp om het beleid van lidstaten op dit terrein scherper te toetsen. Het Hof komt op grond van deze toetsing tot het oordeel dat de belangen van transseksuelen niet langer met een beroep op gemeenschapsbelangen aan de kant kunnen worden geschoven. Op die manier wordt in het oordeel op basis van objectieve maatstaven plaats ingeruimd voor subjectieve maatstaven.

Een soortgelijke redenering is van toepassing op de interpretatie die het Hof van de menselijke waardigheid geeft. Enerzijds functioneert de menselijke waardigheid in deze uitspraak als een op zichzelf staand beginsel, waarvan de betekenis onafhankelijk is van de opvattingen die transseksuelen erop nahouden. Anderzijds wordt vanuit deze objectieve interpretatie de menselijke waardigheid juist in verband gebracht met zelfbeschikking. Persoonlijke autonomie en het belang bij zelfdefiniëring worden blijkens eerder geciteerde rechtsoverwegingen een belangrijke rol, zij het in de vorm van beginselen, en niet rechten, die worden afgewogen tegen andere belangen.

Een jaar later, in de uitspraak *Van Kück t. Duitsland*, spreekt het Hof echter wel onomwonden van een recht op, weliswaar seksuele, zelfbeschikking en zelfs zelfdefiniëring.<sup>580</sup> Het Hof doet hier tamelijk forse uitspraken over de reikwijdte van het recht op privacy. Niet alleen geeft deze uitspraak een duidelijk overzicht van de verschillende terreinen die het recht op privacy omvat, maar ook rekt het Hof het grondrecht op tot een recht met vergaande 'Entfaltungs-propoities'.

Het Hof valt bij toetsing aan artikel 8 EVRM met de deur in huis met de volgende overweging: "In the present case, the civil court proceedings touched upon the applicant's freedom to define herself as a female person, one of the most basic essentials of self-determination."<sup>581</sup> Daarmee wordt de problematiek van transseksualiteit onmiddellijk in het kader van zelfbeschikking geplaatst. Om een juist begrip te krijgen van de zaken die op het spel staan, en de mate waarin zelfbeschikking een rol speelt, volgen hier eerst de feiten.

De zaak *Van Kück* onderscheidt zich van de overige EVRM-jurisprudentie over transseksualiteit, doordat de centrale vraag hier niet langer is of transseksualiteit *formele* erkenning verdient (in geboorteregisters etc.). Na *Goodwin* is het antwoord op die vraag immers al bekend. De nieuwe vraag van dit arrest is hoever de *materiële* erkenning dient te strekken met betrekking tot de nieuwe identiteit van transseksuelen. Dienen derden ook in materieel opzicht transseksuelen te ondersteunen in hun streven naar zelfdefiniëring?

580 EHRM 12 juni 2003, AB 2003, 437, m.nt. B.C. van Beers en BPV (*Van Kück t. Duitsland*; EHRC 2003, 61, m.nt. Gerards).

581 *Van Kück*, r.o. 73.

Carola van Kück, voorheen Bernhard van Kück, is verwickeld in een geschil met haar ziektekostenverzekeraar. Ze heeft problemen met haar seksuele identiteit en wenst daarvoor hormoonbehandeling en een operatie tot geslachtsverandering te ondergaan. De verzekeraar weigert echter voor de kosten van beide behandelingen op te draaien. Van Kück procedeert door tot het hoogste niveau, maar zonder succes. Volgens de Duitse rechter is ten eerste de medische noodzaak voor de operatie niet aangetoond, hetgeen een algemene voorwaarde voor vergoeding van de ziektekosten vormt. Ten tweede zou Van Kück de aandoening zelf hebben veroorzaakt door zonder medische indicatie of consultatie een vrouwelijke hormoonbehandeling te ondergaan, hetgeen volgens de polisvoorwaarden eveneens aan vergoeding in de weg staat. De rechter wijst haar vorderingen af. Desondanks ondergaat Van Kück halverwege de nationale procedures de geslachtsverandering.

Van Kück wendt zich tot de rechter te Straatsburg, en beroept zich op haar recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM) en op respect voor privéleven (artikel 8 EVRM). De moeilijkheid van deze zaak is dat de vragen die door de Duitse rechter als uitgangspunt worden gehanteerd, uitgerekend de vragen zijn waarover het Hof in *Goodwin* oordeelde dat er juist geen medisch-wetenschappelijke consensus bestond: Waardoor wordt transseksualiteit veroorzaakt? En wat is de beste remedie?<sup>582</sup>

Het eerste deel van het oordeel van het Hof spitst zich toe op toetsing van de Duitse uitspraak aan de processuele vereisten van artikel 6 EVRM. De vraag is of de uitspraken van de Duitse rechter voldoen aan de principes van een *fair hearing*. Het Hof valt ten eerste over de uitleg die de Duitse rechter gaf aan de term *medische noodzaak* en ten tweede over het feit dat de rechter naging of Van Kück haar transseksualiteit zelf had veroorzaakt.

In *Goodwin* werd al gesteld dat de medisch-wetenschappelijke wereld er nog niet over uit is welke behandeling van transseksualiteit de beste is, en wat de oorzaak ervan is. Dat Van Kück desondanks onder die omstandigheden de medische noodzaak van haar geslachtsveranderende operatie moest bewijzen voor de Duitse rechter, is in de ogen van het Hof disproportioneel.<sup>583</sup> Het Hof voegt daaraan toe dat deze bewijslast niet redelijk is, gezien het feit dat genderidentiteit een van de meest intieme delen van het privéleven betreft. Daarmee loopt het Hof vooruit op zijn toetsing aan artikel 8 EVRM. Bovendien, zo stelt het Hof, al was de benadering van de Duitse rechter juist geweest, dan had de rechter extra deskundige opinies moeten inwinnen.<sup>584</sup> Ook de vraag of Van Kück zelf haar aandoening heeft veroorzaakt acht het Hof tegen de achtergrond van

582 *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 81-83.

583 *Van Kück t. Duitsland*, r.o.56.

584 *Van Kück t. Duitsland*, r.o. 55 en r.o. 62,

medisch-wetenschappelijke dissensus ongepast en ontoereikend onderzocht. In de woorden van het Hof:

“[...] in the absence of any conclusive scientific findings as to the cause of transsexualism and, in particular, whether it is wholly psychological or associated with physical differentiation in the brain [...], the approach taken by the Court of Appeal in examining the question of whether the applicant had deliberately caused his condition appears inappropriate.”<sup>585</sup>

Kortom, de vragen naar de medische noodzaak en de oorzaak die de Duitse rechter als uitgangspunt heeft genomen ter beoordeling van de feiten, heeft hij niet alleen onredelijk beantwoord, maar had hij volgens de Europese rechter überhaupt niet mogen stellen, gezien de heersende onduidelijkheid in de medische wetenschap over aard en oorzaak van transseksualiteit. Het Hof concludeert tot schending van artikel 6 EVRM.

De volgende rechtsvraag is of Duitsland eveneens Van Kücks recht op respect voor privéleven heeft geschonden door het negatieve rechterlijke oordeel. Het Hof ziet aanleiding voor een dergelijke toetsing omdat het oordeel repercussies heeft gehad voor “a fundamental aspect of her right to respect for private life, namely her right to gender identity and personal development”.<sup>586</sup> Daarmee lijkt het Hof open te staan voor een relationele opvatting van het recht op persoonlijkheid zoals ook door Nehmelman wordt voorgestaan, en waarbij hij als voorbeeld onder meer vorderingen van transseksuelen noemt.<sup>587</sup> Die relationele variant heeft veel weg van zelfbeschikking als claimrecht. Die indruk wordt in het vervolg van het oordeel bevestigd. Het Hof spreekt voor het eerst in zijn jurisprudentie van een *recht op seksuele zelfbeschikking*:

“[...] what matters is not the entitlement to reimbursement as such, but the impact of the court decisions on the applicant’s right to respect for her sexual self-determination as one of the aspects of her right to respect for private life.”<sup>588</sup>

Was er in *Pretty* en *Goodwin* nog sprake van een belangrijk *beginsel* van persoonlijke autonomie dat het recht op privacy mede kleurt, hier wordt gesproken in termen van een *recht* op zelfbeschikking. Als recht neemt zelfbeschikking relatief massieve proporties aan en legt meer gewicht in de schaal. Aangenomen mag worden dat een recht minder ruimte voor afweging tegen andere belangen laat dan een beginsel. Een goed voorbeeld hiervan is het *Pretty*-oordeel, waarin het Hof het beginsel van zelfbeschikking uiteindelijk lichter bevond dan het publieke

---

585 *Van Kück t. Duitsland*, r.o. 63.

586 *Van Kück t. Duitsland*, r.o. 75.

587 Nehmelman 2002, p. 48.

588 *Van Kück t. Duitsland*, r.o. 78.

belang van bescherming van leven. Bij het bestaan van deze zelfbeschikkingsdimensies binnen het recht op privacy is het niet moeilijk te raden wat de conclusies van het Hof zijn: artikel 8 EVRM is geschonden. Wederom benadrukt het Hof dat er wetenschappelijk gezien geen zekerheid bestaat over de oorzaak en aard van transseksualiteit. Tegen die achtergrond is het niet alleen vanuit het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM), maar ook vanuit het recht op privacy bezien disproportioneel om Van Kück te vragen de medische noodzaak van de operatie en behandeling aan te tonen, aangezien dat een van de meest intieme aspecten van het privéleven betreft.<sup>589</sup>

Uit de hierboven aangehaalde rechtsoverweging blijkt, dat het Hof de inhoud van zijn uitspraak niet wenst te presenteren als een recht op vergoeding van de operatiekosten. Toch is dat wel de uitkomst van de uitspraak. Ten eerste wijst de toegewezen schadevergoeding in die richting: het Hof veroordeelt Duitsland naast betaling van de proceskosten tot betaling van alle kosten voor de operatie en de behandelingen. Ten tweede kan men zich afvragen of het feitelijk resultaat van de benadering die het Hof voorstaat niet is dat een transseksueel in beginsel aanspraak heeft ten opzichte van de zorgverzekeraar op vergoeding van de kosten van zijn *gender reassignment* en hormoonbehandeling. Immers, de vraag naar de medische noodzaak is reeds op zichzelf disproportioneel en ongepast volgens het Hof, ongeacht de concrete uitwerking.

Het Hof benadrukt zowel in *Goodwin* als in de onderhavige uitspraak terecht dat transseksuelen talrijke en pijnlijke ingrepen moeten ondergaan om hun wens te vervullen. Maar dienen de verzekeraar en de rechter om die reden aan het oordeel van de transseksueel over de medische noodzaak van zijn operatie altijd de doorslag te geven? Zoals Vermeulen en ik in een noot bij het arrest schrijven, bestaat daarmee het risico dat de ruimte voor subjectieve uitleg van het individu onbegrensd wordt. Iedere vraag die over de noodzaak van de geslachtsveranderende operatie wordt gesteld, zelfs wanneer het een strikt medische vraag betreft, dreigt te worden opgevat als strijdig met het recht zichzelf seksueel te definiëren en het recht op seksuele zelfbeschikking.<sup>590</sup> Daarin is dan ook de oorzaak gelegen dat deze uitspraak tot een geheel andere uitkomst leidt dan de eerder besproken zaak *Sentges t. Nederland*, waarin het Hof besloot de vergoeding van de kosten van een robotarm juist niet toe te wijzen. Het belangrijkste verschil met dit verzekeringsgeschil is dat in *Sentges*' geval de vrije ontwikkeling van zijn seksuele identiteit niet op het spel stond. Het resultaat is dat de menselijke waardigheid, waarnaar ook in dit arrest wordt verwezen, in tegenstelling tot *Goodwin* en *Pretty* de gedaante krijgt van een tamelijk absoluut zelfbeschikkingsrecht.

589 *Van Kück t. Duitsland*, r.o. 82.

590 Zie de noot van Van Beers en Vermeulen, §6 en 7 (AB 2003, 437).

In de uitspraak *L. t. Litouwen*<sup>591</sup> gaat het net als in *Van Kück* om de facilitering van geslachtsveranderende operaties. In Litouwen is het recht van transseksuelen op een sekseverandering onder bepaalde voorwaarden erkend. De voorwaarden voor een dergelijke medische ingreep zouden in een aparte wet worden geregeld. Doordat deze wet echter niet tot stand is gebracht zijn de medische faciliteiten ten behoeve van een sekseverandering in de praktijk niet toegankelijk. Het Hof concludeert dat de wettelijke leemte op die manier een inbreuk op het recht op privéleven vormt. Om tot deze conclusie te komen valt het Hof echter niet terug op het seksuele zelfbeschikkingsrecht dat in *Van Kück* uit artikel 8 EVRM werd afgeleid. Daarmee blijft het vooralsnog onduidelijk of de lijn die het Hof in *Van Kück* heeft uitgezet wordt doorgetrokken in toekomstige jurisprudentie over de facilitering van sekseveranderingen.

Ook al heeft het recht op seksuele zelfbeschikking vooralsnog geen vervolg gekregen in de EVRM-jurisprudentie over transseksualiteit, toch heeft het Hof het recht op seksuele zelfbeschikking in een andere context bevestigd. Daarbij gaat het echter om een geheel andere betekenis van seksuele zelfbeschikking, namelijk het recht op een vrije beleving van de seksualiteit.

### 3.3.5 Seksuele vrijheid

Tot 2003 konden de wetgevers van Amerikaanse staten het seksueel verkeer tussen homoseksuelen nog verbieden zonder het constitutionele recht op respect voor privéleven te doorkruisen, zelfs als de 'sodomitische' gedraging in de slaapkamer plaats vond. De Supreme Court heeft deze visie<sup>592</sup> pas in 2003 in *Lawrence and Garner v. State of Texas*<sup>593</sup> verlaten, en bepaald dat sodomieverboden, zoals die bestonden in de staat Texas, in strijd met de grondwet zijn. De dynamiek van de EVRM-jurisprudentie blijkt uit het feit dat men zich haast niet meer kan voorstellen dat de Europese Commissie ooit dezelfde benadering als de Supreme Court tot 2003 heeft gevolgd. Toch oordeelde de Commissie in 1960 dat het aan banden leggen van homoseksuele handelingen in de privé sfeer in overeenstemming is met de beperkingsclausule van artikel 8 EVRM.<sup>594</sup> Het Hof corrigeerde deze lezing in 1981, dus meer dan 20 jaar voor het Amerikaanse Hooggerechtshof, in zijn bekende arrest *Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*.<sup>595</sup> Het oordeel daarin luidde dat de Britse sodomiewetgeving een schending van artikel 8 EVRM vormde.

591 EHRM 11 september 2007, EHRC 2007, 131 (*L. t. Litouwen*).

592 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

593 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Zie hierover P.H. Blok, "Bowers versus Lawrence: De grenzen van de privé-sfeer herzien", *NJCM-Bull.* 2004, nr. 1, p. 31-38.

594 ECieRM 4 januari 1960, zaak 530/59, CoD 2; Zie Nieuwenhuis 2001, p. 117.

595 EHRM 22 oktober 1981 (*Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*).

Dat seksuele relaties de bescherming van artikel 8 genieten bleek reeds uit eerdere zaken.<sup>596</sup> In de *Dudgeon*-zaak bevestigt het Hof dat deze visie ook voor homoseksuele relaties geldt. De sodomiewetgeving in kwestie vormde een inbreuk op Dudgeons recht op privacy van artikel 8 lid 1 EVRM. Die inbreuk was bovendien niet gerechtvaardigd in het licht van lid 2. Bij de toetsing van de sodomiewetgeving aan de criteria van het tweede lid, stelt het Hof dat in kwesties waar de bescherming van de goede zeden speelt, aan lidstaten blijkens *Handyside* een brede beoordelingsmarge toekomt. Daar staat volgens het Hof echter tegenover dat:

“[...] not only the nature of the aim of the restriction but also the nature of the activities involved will affect the scope of the margin of appreciation. The present case concerns a most intimate aspect of private life. Accordingly, there must exist particularly serious reasons before interferences on the part of the public authorities can be legitimate for the purposes of paragraph 2 of Article 8.”<sup>597</sup>

Doordat deze wetgeving van invloed is op Dudgeons beleving van zijn seksualiteit, en daarmee raakt aan een van de meest intieme aspecten van het privéleven, komt aan lidstaten toch een kleinere beoordelingsmarge toe. Ook al dient de wetgeving de bescherming van de goede zeden of de rechten van anderen, zoals de Britse overheid stelt, deze belangen kunnen niet opwegen tegen het recht van Dudgeon om in vrijheid seksuele relaties aan te gaan. Mede als gevolg van deze benadering kan de sodomie-wetgeving de noodzakelijkheidstoets van het tweede lid van artikel 8 niet doorstaan: de wetgeving is disproportioneel, concludeert het Hof, en in strijd met het verdrag. Deze uitkomst wordt bevestigd door de latere zaken *Norris t. Ierland*<sup>598</sup> en *Modinos t. Cyprus*.<sup>599</sup>

De uitkomst van de *Dudgeon*-zaak hoeft niet te verbazen. Zoals ook in een van de afwegingen van de Commissie waarnaar het Hof verwees wordt gesteld, waren zelfs “homosexual acts committed in private between consenting males” het doelwit van de Britse sodomiewetgeving.<sup>600</sup> Het Hof lijkt van mening te zijn dat de overheid zich niet heeft te bemoeien met hetgeen men in besloten sfeer onder gelijkgestemden uitvoert.

596 “The right to respect for private life is of such a scope as to secure to the individual a sphere within which he can freely pursue the development and fulfilment of his personality. To this effect he must also have the possibility of establishing relationships of various kinds, including sexual, with other persons” (ECRM 19 mei 1976, zaak 6959/75, D&R 5, p. 103 (*Brügge*man t. Scheuten), r.o. 55).

597 *Dudgeon*, r.o. 52.

598 EHRM 26 oktober 1988 (*Norris t. Ierland*).

599 EHRM 22 april 1993 (*Modinos t. Cyprus*).

600 *Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 40.



Uit een later arrest, *Laskey, Jaggard en Brown t. Verenigd Koninkrijk*<sup>601</sup> blijkt echter dat het Hof wel degelijk bepaalde grenzen aanhoudt wanneer het gaat om vrijwillige seksuele handelingen die plaatsvinden achter gesloten deuren. Werd het Verenigd Koninkrijk in het geval van *Dudgeon* nog terechtgewezen, in de *Laskey*-zaak pakt het voor deze lidstaat gunstiger uit. Hoewel de klagers in deze zaak eveneens homoseksueel zijn, acht het Hof het volgende verschil met *Dudgeon* van doorslaggevend belang: de seksuele gedragingen in kwestie zijn sadomasochistisch van aard. Laskey, Jaggard en Brown behoorden tot een groep van 47 sadomasochisten die op gezette tijden bijeen kwamen op besloten plaatsen. Ondanks deze beslotenheid kwam de Engelse politie op de hoogte van hun seksuele praktijken via video-registraties van de sessies die onder hen circuleerden. Laskey, Jaggard en Brown werden daarop veroordeeld tot gevangenisstraf wegens mishandeling, hoewel er geen aangifte bij de politie was gedaan.

In Straatsburg beklagen zij zich over schending van het recht op respect voor privéleven. De feiten lijken voor hen te pleiten. Het Hof geeft in het begin van zijn uitspraak aan dat:

“these activities were consensual and were conducted in private for no apparent purpose other than the achievement of sexual gratification. The infliction of pain was subject to certain rules including the provision of a code word to be used by any ‘victim’ to stop an ‘assault’, and did not lead to any instances of infection, permanent injury or the need for medical attention.”<sup>602</sup>

Deze opsomming bevat vooral argumenten ten gunste van het toelaten van de seksuele handelingen. De verwondingen en vernederingen werden vrijwillig ondergaan, konden elk moment door een codewoord een halt worden toegeroeppen, en in de 10 jaar activiteit van deze SM-club had zich, voor zover bekend, geen enkel geval van blijvend of serieus letsel voorgedaan. Is er bovendien wel een delict als het slachtoffer in casu zich niet als slachtoffer beschouwt, en vrijwillig een inbreuk op zijn lichamelijke integriteit ondergaat? Is er niet, parallel aan de medische exceptie die voor aantastingen van de lichamelijke integriteit geldt, eveneens sprake van een ‘seksuele exceptie’?

Het Hof is een ander oordeel toegedaan. Zelfs bij de initiële vraag of de seksuele activiteit in kwestie überhaupt een kwestie van privacy betreft, lijkt het Hof, verrassend genoeg, al enige bedenkingen te hebben. “The Court observes that not every sexual activity carried out behind closed doors necessarily falls within the scope of Article 8.”<sup>603</sup> Volgens het Hof was er zo’n groot aantal mensen bij de SM-activiteiten betrokken, dat kan worden betwijfeld of de handelingen nog wel

601 EHRM 19 februari 1997, NJCM-bull. 1997, 496 (*Laskey, Jaggard en Brown t. Verenigd Koninkrijk*).

602 *Laskey, Jaggard en Brown t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 8.

603 *Laskey, Jaggard en Brown t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 36.

in de private sfeer plaatsvonden. In het oordeel wordt daar evenwel niet verder op ingegaan, nu beide partijen niet betwisten dat het recht op privacy aan de orde is. Daarmee oordeelt het Hof dat sadomasochistische gedragingen in beginsel worden beschermd door het recht op respect voor privéleven, zodat de vervolging van de drie klagers een inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM vormt.

De volgende, cruciale vraag is daarom of het Verenigd Koninkrijk *gelegitimeerd* inbreuk heeft gemaakt op het recht op privacy (artikel 8 lid 2 EVRM). Was de vervolging van de sadomasochisten noodzakelijk in een democratische samenleving en diende zij een legitiem doel? Men zou verwachten dat het Hof in dit gedeelte van zijn betoog in zou gaan op het belang van de al dan niet vrijwillige aard van inbreuken op de lichamelijke integriteit. Opvallend genoeg laat het Hof echter zijn oordeel bijna geheel op de ernst van de verwondingen berusten, haast zonder enig woord aan het vrijwillige karakter van de handelingen in zijn overwegingen vuil te maken. De gedachte hierachter is dat

“the determination of the level of harm that should be tolerated by the law in situations where the victim consents is in the first instance a matter for the State concerned since what is at stake is related, on the one hand, to public health considerations and to the general deterrent effect of the criminal law, and, on the other, to the personal autonomy of the individual”.<sup>604</sup>

Met andere woorden, waar het lichamen letsel betreft dat het slachtoffer vrijwillig ondergaat, komt de staat een brede beoordelingsmarge toe bij het trekken van grenzen. De reden is dat lidstaten zelf het beste een afweging kunnen maken tussen belangen die de volksgezondheid en strafbeleid betreffen enerzijds, en persoonlijke autonomie anderzijds. Op deze overweging in het arrest zal het Hof 5 jaar later terugvallen in het *Pretty*-arrest, zo bleek reeds in 3.3.3.

Gegeven deze ruime beoordelingsmarge oordeelt het Hof dan ook dat de lidstaat de seksuele vrijheid en autonomie van de sadomasochisten aan de kant mocht schuiven met een beroep op bescherming van de gezondheid en de goede zeden als legitiem doel. Ofschoon het Hof eerder in het arrest vaststelde dat er geen sprake was van blijvend letsel, benadrukt het in dit deel van zijn betoog dat de verwondingen niet als van voorbijgaande aard gekarakteriseerd kunnen worden, zodat de onderhavige zaak wezenlijk verschilt van de feiten in *Dudgeon*.<sup>605</sup> Iets verderop stelt het Hof bovendien dat de *potentiële* ernst van de gevolgen van de sessies reeds voldoende rechtvaardiging is voor overheidsbemoeienis.<sup>606</sup> Sadomasochisme is zo bezien bovenal geweldpleging en lichamelijke mishandeling, al hoewel de masochist volledig instemt met de inbreuk op zijn of haar lichamelijke integriteit. De subjectieve uitleg die de sadomasochist van zijn lichamelijke inte-

604 *Laskey, Jaggard en Brown t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 44.

605 *Laskey, Jaggard en Brown t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 45.

606 *Laskey, Jaggard en Brown t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 46.

griteit geeft komt geen gewicht toe. Daarmee wordt in ieder geval duidelijk dat het beginsel van *volenti non fit iniuria* hier niet opgaat.<sup>607</sup> De visie dat de verwondende en pijnigende handelingen een vorm van seksuele expressie vormen, legt het Hof, waarschijnlijk ter huldiging van de beoordelingsmarge van de lidstaat, naast zich neer. De conclusie luidt dat de veroordeling van Laskey, Jaggard en Brown niet in strijd is met artikel 8 EVRM.

Het Hof onderstreept drie jaar later het onderscheid tussen ‘gewone’ seksuele gedragingen, en seksuele gedragingen die gevaarlijk zijn voor de fysieke gezondheid, in een zaak waarin wederom homoseksuele contacten centraal staan. De klager in deze zaak is veroordeeld wegens seksuele activiteiten met meerdere mannen tegelijk, ook weer vastgelegd op een video die in het bezit van de politie kwam. Net als in *Dudgeon* oordeelt het Hof dat het Verenigd Koninkrijk artikel 8 EVRM heeft geschonden. Een van de overwegingen daarbij luidt dat in deze zaak geen overwegingen van volksgezondheid spelen,<sup>608</sup> zoals dat wel het geval was in het *Laskey*-arrest.

In zijn laatste rechtsoverweging in *Laskey* laat het Hof weten het niet nodig te vinden nader te toetsen aan het in artikel 8 lid 2 geformuleerde legitieme doel van bescherming van de goede zeden, nu bescherming van de volksgezondheid reeds voldoende grond voor inbreuk op het grondrecht is. Toch kunnen we ons met De Hert en Gutwirth afvragen of overwegingen van morele aard niet indirect het rechterlijk oordeel hebben beïnvloed. Zij lezen in het arrest een morele hiërarchie tussen “normale, wettelijke seksualiteit” en “abnormale, te verbieden seksualiteit”.<sup>609</sup> In een redactioneel van het NJCM-Bulletin wordt die gedachte vanuit een geheel ander perspectief onderschreven. Al hoewel het Hof in deze zaak met geen woord repte over menselijke waardigheid, zien de auteurs van het redactioneel, net als andere commentatoren,<sup>610</sup> die waardigheid wel als de fundamentele gedachte van het arrest:

“De menselijke waardigheid is natuurlijk een uitermate diffuus begrip, maar toch is het de bescherming van die waardigheid die het meest wezenlijke argument vormt om zaken als dwerg-werpen, kooivechten en onderlinge slachtpartijen van *hooligans* niet toe te staan, ongeacht de instemming van de betrokkenen. Hetzelfde geldt ten aanzien van vergaande vormen van SM. Uiteraard heeft het individu in beginsel de vrijheid om zelf invulling te geven aan de uitoefening van zijn grondrechten, maar

607 Den Hartogh 2003a, p. 99.

608 EHRM 31 juli 2001, EHRC 2000, 69, m.nt. J. van der Velde (*A.D.T t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 38.

609 P. de Hert en S. Gutwirth, “Privacy, seksuele vrijheid en sadomasochisme”, *Panopticon* 1998 nr. 4 juli/augustus, p. 283.

610 De Blois en Bioy zijn dezelfde mening toegedaan (M. de Blois, “Self-determination or human dignity; the core principle of human rights”, in: *To Baehr in our minds, essays on human rights from the heart of the Netherlands. SIM Special No. 21*, Utrecht 1998, p. 536; Bioy 2003, p. 469).

we hebben het hier over uitwassen: moreel verwerpelijke gedragingen. Zo horen mensen niet met elkaar om te gaan.”<sup>611</sup>

De conclusie van het stuk luidt dan ook dat strafrechtelijke vervolging in deze SM-zaak geoorloofd was. Met hun redeneerwijze sluiten de schrijvers van het redactioneel zich aan bij de *concurring opinion* van rechter Pettiti bij het arrest. Volgens deze rechter kunnen handelingen die strijdig zijn met de menselijke waardigheid geen bescherming ontleenen aan het recht op respect voor privéleven. Gedragingen die in de privésfeer plaatsvinden zijn niet automatisch immuun voor staatsbemoeienis. Daarbij wijst hij op “the dangers of unrestrained permissiveness, which can lead to debauchery, paedophilia or the torture of others”. Pettiti’s verwijzing naar marteling roept een interessante vraag in de context van sadomasochisme op. De suggestie van marteling en slavernij maken, op een weliswaar dubbelzinnige manier, deel uit van SM-spel. In de seksuele beleving van de participanten draagt de idee van marteling en slavernij juist bij aan het genot van zowel onderwerper als onderworpen. Los van de vraag of de SM-activiteiten qua ernst wel de ondergrens van slavernij en marteling halen, kan men zichzelf de meer principiële vraag stellen of het verbod op marteling en slavernij zich lenen voor een subjectieve uitleg. Zijn slavernij en marteling nog wel verboden wanneer de onderworpen persoon ermee instemt? Pettiti zal dat waarschijnlijk wel bevestigen, gezien de nadruk die hij legt op een objectieve uitleg van de menselijke waardigheid. Dat blijkt mede uit de slotwoorden van zijn oordeel: “The protection of private life means the protection of a person’s intimacy and dignity, not the protection of his baseness or the promotion of criminal immorality.”

Een aantal rechtswetenschappers in Nederland verzet zich tegen een dergelijke interpretatie en toepassing van de menselijke waardigheid op SM. Een goed voorbeeld is de kritiek die Haveman heeft op het hiervoor aangehaalde NJCM-redactioneel. De interpretatie die hier van de menselijke waardigheid wordt gegeven beschouwt hij als verkapt ‘burgermansfatsoen’. Daarmee bedoelt hij dat het uiteindelijk “de dominante middenmoot [is] die bepaalt hoe mensen met elkaar horen om te gaan en wat een bedreiging vormt voor hun gezin en de samenleving”.<sup>612</sup> Op die manier dreigt alles wat van het gemiddelde afwijkt het object van repressie te worden, betoogt Haveman. Is het niet aan het individu in plaats van de rechter om de betekenis en grenzen van de menselijke waardigheid te bepalen? Hij spreekt om die reden van een “welhaast ondraaglijke vaagheid” van de menselijke waardigheid.

Dierx waarschuwt op haar beurt in een reactie op het redactioneel voor ambtelijke willekeur in dit soort zaken.<sup>613</sup> Zo vraagt zij zich af wat het wezenlijke

611 Redactie NJCM-bull., “De grenzen van de *permissive society*”, NJCM-bull. jrg. 22 (1997), nr. 4, p. 419.

612 Haveman 2000, p. 60.

613 J. Dierx, “Pragmatische en symbolische mensenrechten”, *Nemesis* 1997-5, p. 182.

verschil is tussen gevaarlijke sporten als boksen of kooivechten aan de ene kant, en sadomasochisme aan de andere. In beide gevallen stemmen betrokkenen in met het toegevoegde lichamelijke leed. Bovendien is het gevaar van ambtelijke willekeur extra groot in een land dat al vaker heeft blijk gegeven van een tamelijk homofoob vervolgingsbeleid.<sup>614</sup> Laskey, Jaggard en Brown wijzen daar zelf op in het arrest, een stelling die het Hof onmiddellijk verwerpt.<sup>615</sup>

Toch zullen ook veel critici van dit arrest van mening zijn dat zelfs op het terrein van seksuele contacten tussen *consenting adults* er wel bepaalde grenzen gelden. Zo achten De Hert en Gutwirth de menselijke waardigheid in dit geval niet van toepassing om de volgende reden: “*Pervers* is niet hetzelfde als *mensonwaardig* en van degradering van de participanten tot objecten is geen sprake.”<sup>616</sup> Daarmee sluiten zij niet uit dat wanneer de betrokkenen wel zouden zijn geobjectiveerd, de sadomasochistische gedragingen zouden zijn gestuit op de menselijke waardigheid. Ook in een vervolgartikel stellen zij dat een verbod op vrijwillige SM-activiteiten die leiden tot blijvende schade en verminkingen gerechtvaardigd kan zijn.<sup>617</sup> Die rechtvaardiging is gelegen in de idee dat via een verbod op bepaalde seksuele handelingen de samenleving een ieders seksualiteit beschermt, ook al treft een dergelijk verbod eveneens degenen die zichzelf geenszins als slachtoffer beschouwen. Een zelfde redenering hanteert het Hof in het *Pretty*-arrest, waarin een verbod op hulp bij zelfdoding noodzakelijk wordt geacht ter bescherming van de zwakkeren in de samenleving, ook al was *Pretty* in mentaal opzicht niet als kwetsbaar aan te merken. Ook in de strafrechtelijke handboeken worden extreme gevallen van sadomasochisme strafbaar geacht.<sup>618</sup> Kelk en Rummelink zijn van mening dat een grens wordt gepasseerd wanneer men bewusteloos wordt geslagen, ook al neemt men vrijwillig deel aan de praktijk in kwestie.<sup>619</sup> Zowel in deze handboeken als in het *Pretty*-arrest wordt voorop gesteld dat hoe zwaarder de schade is die aan het lichaam wordt toegebracht, hoe meer de seksuele autonomie mag worden ingeperkt. Hoe het oordeel van Kelk en Rummelink zou hebben geluid over de toelaatbaarheid van de gedragingen van Laskey, Jaggard en Brown is onduidelijk. Het is echter zeker dat zij de SM-praktijken van een zaak die in 2005 aan het Hof werd voorgelegd, *K.A. en A.D. t. België*,<sup>620</sup> strafbaar zouden

614 J. Dierx, “NJSM”, *Nemesis* 1998-1, p. 35.

615 *Laskey, Jaggard en Brown t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 47. Dierx is dezelfde mening toegedaan.

616 De Hert en Gutwirth 1998, p. 283.

617 S. Gutwirth en P. de Hert, “De seks is hard maar seks (*dura sex, sed sex*). Het arrest K.A. en A.D. tegen België”, *Panopticon* 2005-3, p. 11.

618 “Een moeilijk punt levert op mishandeling met het doel een seksuele sensatie te ondergaan (sado-masochisme of SM). [...] Wij achten deze vorm van mishandeling als niet gelegitimeerd door een erkend doel strafbaar, maar beseffen, dat politie en OM zich hier wel zullen moeten beperken tot het voorkomen van excessen” (Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1996, p. 357).

619 Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1996, p. 357; C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1998, p. 150.

620 EHRM 17 februari 2005, EHRC 2005, 38 (*K.A. en A.D. t. België*). Voor een uitgebreide beschouwing, zie Gutwirth en De Hert 2005; en M. Fabre-Magnan, “Le sadisme n’est pas un droit de l’homme”, *Recueil Dalloz* 2005, chron. p. 2973-2981.

hebben geacht. Uit de feiten van de zaak blijkt dat de masochiste in kwestie zodanig werd toegetakeld dat zij soms buiten bewustzijn raakte.

In *K.A. en A.D.* bevestigt het Hof de lijn die in *Laskey* is uitgezet. Het Hof buigt zich hier opnieuw over de strafbaarheid van aantastingen van de lichamelijke integriteit in het kader van sadomasochistische praktijken. Hoewel de uitkomst van de zaak hetzelfde is – er is geen sprake van verdragsschending – komt het Hof ditmaal via een andere weg tot deze conclusie. Een belangrijke factor daarbij is dat in tussentijd het *Pretty*-arrest is gewezen. Het Hof borduurt met name voort op het beginsel van persoonlijke autonomie dat daarin werd erkend, en geeft er een speciale wending aan. In dit oordeel spreekt het Hof voor het eerst in zijn jurisprudentie van een *recht* op lichamelijke zelfbeschikking.

De twee klagers in deze zaak zijn een rechter en arts die als sadisten actief zijn in sadomasochistische kringen. De vrouw van de rechter fungeert daarbij als slavin van de twee eisers. Zij onderwerpen haar aan vergaande vernederingen en tasten haar lichamelijke integriteit op talloze en extreme manieren aan, waarbij het slachtoffer van de pijn soms zelfs haar bewustzijn verliest.<sup>621</sup> Op een aantal littekens na hebben de pijnigingen echter geen blijvend letsel tot gevolg. Wel worden de sadistische uitlatingen na verloop van tijd zo gewelddadig, dat het stel wordt geweerd uit verschillende SM-clubs. Noodgedwongen nemen zij vervolgens hun toevlucht tot speciaal uitgeruste privé-ruimtes. Tijdens de afranselingen wordt uitgebreid gedronken. Justitie komt het gezelschap op het spoor door video-opnames die tijdens meerdere sessies zijn gemaakt. De klagers worden vervolgd en voor de rechter geleid.

Een van de argumenten van de rechter en de arts voor het Belgische gerecht luidt dat de vrouw zich als masochist vrijwillig aan het sadistische geweld overgaf, en er daardoor sprake is van een schulduitsluitingsgrond. Ze vergelijken de inbreuken die ze hebben gemaakt op de lichamelijke integriteit van de echtgenote met het aanbrengen van piercings en tatoeages. Wanneer voor deze handelingen toestemming is gegeven, vallen zij op grond van ongeschreven recht buiten het bereik van het strafrecht. Bovendien zijn de eisers van mening dat wettelijke

621 Volgens de weergave van de feiten in het arrest was onder meer het volgende op de geconfisqueerde video's te zien: "On y voyait les prévenus utiliser des aiguilles et de la cire brûlante, frapper violemment la victime, introduire une barre creuse dans son anus en y versant de la bière pour la faire déféquer, la hisser suspendue aux seins puis par une corde entre les jambes, lui infliger des chocs électriques, des brûlures et des entailles, lui coudre les lèvres vulvaires et lui introduire, dans le vagin et l'anus, des vibrateurs, leur main, leur poing, des pinces et des poids. [...] Ainsi par exemple, certaines scènes enregistrées en vidéo montrent-elles la victime hurlant de douleur pendant que les prévenus continuaient de la hisser par les seins au moyen d'une poulie, la fouettent puis lui attachent encore des poids aux seins. Lors d'une autre scène, la victime se voit hisser par une corde et les prévenus lui attachent des pinces aux mamelons et aux lèvres vulvaires, pour ensuite lui administrer pendant plusieurs secondes des chocs électriques, suite à quoi la victime perd conscience et s'effondre. Une autre fois, la victime subit des marquages au fer rouge" (*K.A. en A.D. t. België*, r.o. 13-14).

begrippen als “slagen” en “verwondingen” evolutief dienen te worden uitgelegd. Volgens de huidige maatschappelijke opvattingen dient men bij de kwalificatie van de feiten rekening te houden met de opvattingen van de betrokkenen. Het Antwerpse Hof van Beroep gaat niet in hun lezing mee en overweegt:

“dat de instemming van de geslagene te dezen geen schulduitsluitingsgrond oplevert omdat de strafwet van openbare orde is en omdat het beschermde rechtsgoed van artikel 398 Sw., met name lichamelijke integriteit een ongeclausuleerd grondrecht is waarin alleen de wetgever kan tussenkomen in bepaalde gevallen.”<sup>622</sup>

Met andere woorden, de lichamelijke integriteit is volgens het Hof een absoluut rechtsgoed, dat niet open staat voor subjectieve uitleg.

In het oordeel gaat het Antwerpse Hof bovendien in op de vraag of de handelingen niet in aanmerking komen voor bescherming van artikel 8 EVRM. Het Hof geeft geen uitsluitsel over de vraag of de sadomasochistische contacten onder het bereik van het grondrecht vallen. Dat hoeft het Hof naar eigen zeggen ook niet aangezien lid 2 in ieder geval roet in het eten gooit. Ook al zou het recht op respect voor privéleven in het geding zijn, dan nog heeft de overheid daar inbreuk op mogen maken in het kader van de bescherming van de gezondheid en de goede zeden. Tot de goede zeden behoort volgens het Hof de bescherming van de menselijke waardigheid, die een strikte begrenzing oplegt aan de ruimte voor zelfbeschikking:

“overwegende dat vanuit het oogpunt van de openbare moraal, de eerbied voor de waardigheid van de menselijke persoon hoe dan ook een grens blijft, die niet met het argument van ‘zelfbeschikking’ (- bepaling’) of van ‘consensuele sexualiteit’ kan worden overschreden; overwegende dat ook in de huidige tijd van hyper-individualisme met een verhoogde morele tolerantie, ook en vooral inzake de sexualiteitsbeleving, de specifieke feiten onder de tenlasteleggingen [...] in de omstandigheden en op de wijze zoals zij zich hebben voorgedaan, zo ernstig, schokkend, gewelddadig en gruwelijk zijn dat zij de menselijke waardigheid aantasten en geenszins maatschappelijk aanvaardbaar zijn; dat hieraan niet in de weg wordt gestaan door het feit dat de beklaagden blijven voorhouden dat deze feiten slechts een vorm van sexualiteitsbeleving zouden zijn binnen het ritueel van het SM-spel tussen instemmende meerderjarigen in een afgesloten ruimte.”

De eisers worden veroordeeld tot geldboetes en voorwaardelijke gevangenisstraf wegens het opzettelijk toedienen van slagen en verwondingen met het oogmerk om een bepaald persoon aan te randen (artikel 392 en 398 Sw). De rechter wordt bovendien veroordeeld voor het aanzetten tot prostitutie (artikel 380bis Sw),

622 Hof van Beroep Antwerpen 30 september 1997, RW 1997-98, 749, zoals weergegeven in het daarop gevolgde cassatie-arrest (Cass. 6 januari 1998, RW 1998-99, 290).



omdat hij zijn vrouw in clubs commercieel uitbuitte als slavin. In cassatie wordt hun beroep verworpen. In het arrest maakt het Hof van Cassatie echter geen woorden vuil aan de menselijke waardigheid.<sup>623</sup> Tot slot wordt de eerste eiser uit zijn ambt van rechter gezet.

In hun procedure voor het Europese Hof beroepen de twee eisers zich op artikel 6, 7 en 8 EVRM. Hun klachten worden echter door het Hof verworpen. Aan de rechtsoverwegingen naar aanleiding van artikel 6 en 7 EVRM wordt hieronder voorbijgegaan. Interessant is wel dat het Hof in het kader van de klacht over artikel 7 EVRM (geen straf zonder wet) stelt dat het naar Belgisch recht algemeen erkend is dat instemming van het slachtoffer in dit soort gevallen geen strafuitsluitingsgrond vormt. Het volenti-beginsel is hier niet van toepassing.

Aangezien door partijen niet wordt betwist dat de gedragingen van eisers worden beschermd door het recht op respect voor privéleven (artikel 8 lid 1 EVRM), bekijkt het Hof meteen of de inbreuk die de lidstaat heeft gemaakt op dat recht voldoet aan de eisen van artikel 8 lid 2 EVRM. Volgens het Hof was de beperking voorzien bij wet en was het legitieme doel dat de Belgische overheid heeft nagestreefd de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en bescherming van de gezondheid. Opvallend is dat de goede zeden niet worden genoemd.

Om te bezien of de inbreuk op artikel 8 noodzakelijk was in een democratische samenleving, zet het Hof eerst de leidende beginselen op een rij. Voor het Hof staan de seksuele vrijheid, zoals met name erkend in *Dudgeon*, en persoonlijke autonomie, zoals erkend in *Pretty*, voorop. Vernieuwend aan de onderhavige uitspraak is dat het Hof stelt dat aan dit recht op seksuele vrijheid een recht om zelf over het lichaam te beschikken ligt: “Le droit d’entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d’autonomie personnelle.”<sup>624</sup> Ter onderbouwing van dit lichamelijke zelfbeschikkingsrecht zoekt het Hof aansluiting bij de overweging in *Pretty* dat op basis van het beginsel van persoonlijke autonomie ook handelingen die schadelijk zijn voor de gezondheid in aanmerking komen voor bescherming van artikel 8 EVRM. Uit dit lichamelijke zelfbeschikkingsrecht leidt het Hof vervolgens af dat het nationale strafrecht in beginsel niet mag interfereren met seksuele praktijken waaraan men op geheel vrijwillige basis deelneemt, tenzij er sprake is van “des raisons particulièrement graves.”<sup>625</sup> Blijkens deze formulering haakt het Hof aan bij de benadering van het *Dudgeon*-arrest, waarin de lidstaat een smalle beoordelingsmarge werd gelaten,<sup>626</sup> en niet bij *Pretty*, waarin die beoordelingsmarge

623 Cass. 6 januari 1998, RW 1998-99, 290.

624 *K.A. en A.D. t. België*, r.o. 83.

625 *K.A. en A.D. t. België*, r.o. 84.

626 In *Dudgeon* oordeelde het Hof dat er sprake moest zijn van “particularly serious reasons” voor een overheid om inbreuk te maken op de seksuele vrijheid, en dat de beoordelingsmarge voor de lidstaat bij gevolg smal moest zijn (*Dudgeon*, r.o. 52).



juist breed uitviel. Met andere woorden, het Hof kiest ervoor deze zaak eerder op te vatten als een kwestie van seksuele vrijheid (*Dudgeon*) dan als een zaak waarin belangen van de volksgezondheid spelen (*Pretty*).

Het Hof komt tot het oordeel dat de inbreuk op artikel 8 EVRM gerechtvaardigd was, en België het verdrag niet heeft geschonden. De seksuele vrijheid stuit daar op zijn grenzen waar de vrijheid van anderen in het geding is. Voor het Hof is het cruciaal dat de deelnemers aan de SM-sessies hadden afgesproken dat het slachtoffer op elk moment een einde aan de kwellingen kon maken door een codewoord. Uit het videomateriaal was gebleken dat zij dit codewoord herhaaldelijk had ingeroepen, maar dat het volledig was genegeerd. Volgens het Hof was er daardoor geen sprake meer van instemming en toestemming van het slachtoffer:

“A la lumière des éléments retenus par la cour d’appel, il apparaît que les engagements des requérants visant à intervenir et arrêter immédiatement les pratiques lors que la “victime” n’y consentait plus n’ont pas été respectés.”<sup>627</sup>

Bovendien hadden de participanten zichzelf door het bovenmatige drankgebruik niet langer in de hand, zodat het gevaar dat het geweld nog verder zou escaleren groot was. De veroordeling van beide eisers en straffen die werden opgelegd zijn volgens het Hof dan ook niet disproportioneel.

Het Hof maakt in tegenstelling tot de Belgische rechter (maar overeenkomstig het *Laskey*-oordeel) geen woorden vuil aan de menselijke waardigheid. Gutwirth en De Hert slaken een zucht van opluchting dat het arrest op die manier is gevrijwaard gebleven van moralisme of paternalisme. Voor hen is de menselijke waardigheid

“een begrip dat steeds meer wordt gemobiliseerd om de mensenrechten ondergeschikt te maken aan een essentialistische en universalistisch opgevatte ethische ondergrens. Een ondergrens die, los van de context en de wil van de participanten, in abstracto, buiten elk conflict, buiten elke schade, aan de rechters zou toelaten te bepalen wat ethisch en maatschappelijk onaanvaardbaar is. Een grens die wel eens, op gevaarlijke wijze, vooral zou kunnen ingegeven zijn door de walging en het gegruwel van de rechters en/of volksvertegenwoordigers”.<sup>628</sup>

Zoals beide rechtsgeleerden stellen, getuigt het arrest daarentegen van een “contractualistisch perspectief”.<sup>629</sup> De redenering van het Hof berust immers in sterke mate op de wilsovereenstemming tussen de sadisten en de masochist. De

---

627 *K.A. en A.D. t. België*, r.o. 85.

628 Gutwirth en De Hert 2005, p. 8.

629 Gutwirth en De Hert, p. 9.

centrale vraag die het Hof zichzelf stelt is of de echtgenote van de rechter nog wel instemde met het geweld waaraan zij werd blootgesteld.

Deze contractualistische benadering is in meerdere opzichten problematisch. Het arrest doet geen recht aan de complexiteit van de kwestie, en de dubbelzinnige betekenis van toestemming in de context van sadomasochisme. Het SM-contract is tot op zekere hoogte een contradictio in terminis, zoals het slavernij-contract dat in veel verdergaande mate is. De basis van ieder contract wordt gevormd door wilsovereenstemming en partij-autonomie. De strekking van een slavernij-contract is nu juist dat een van de partijen zich volledig overgeeft aan de macht van de ander. Mill zet de paradox van het slavernij-contract als volgt uiteen:

“The reason for not interfering, unless for the sake of others, with a person’s voluntary acts is consideration for his liberty. His voluntary choice is evidence that what he so chooses is desirable, or at least endurable, to him, and his good is on the whole best provided for by allowing him to take his own means of pursuing it. But by selling himself for a slave, he abdicates his liberty; he forgoes any future use of it beyond that single act. He therefore defeats, in his own case, the very purpose which is the justification of allowing him to dispose of himself. He is no longer free, but is thenceforth in a position which has no longer the presumption in its favour that would be afforded by his voluntarily remaining in it. The principle of freedom cannot require that he should be free not to be free. It is not freedom to be allowed to alienate his freedom.”<sup>630</sup>

Uiteraard gaat het SM-contract niet zover als het slavernij-contract. Het gaat hier om een gespeelde slavernij die de vervulling van seksuele verlangens dient. Met name wanneer men heeft afgesproken dat de masochist via een codewoord op ieder moment zijn rol van slaaf kan neerleggen, is SM ver verwijderd van werkelijke slavernij. Dat neem niet weg dat de termen *slachtoffer*, *toestemming* en *autonomie* ook in deze omstandigheden dubbelzinnig worden. In een beschouwing over SM en recht stelt Marzano dat de masochist in zijn relatie met de sadist een sterke *wil* vertoont zichzelf en zijn vrije *wil* te verliezen. Zij verwijst naar het contract dat Leopold von Sacher-Masoch, schrijver van *Venus im Pelz* en boegbeeld van het masochisme (de term is later van zijn naam afgeleid), met zijn vrouw Wanda sloot. In dat contract deed Sacher-Masoch volledig afstand van zijn vrije wil, zijn vrijheid en zijn autonomie. De paradox is dat de masochist zijn autonomie uitdrukt door afstand te doen van zijn autonomie, zijn subjectiviteit door zich te laten objectiveren. In de woorden van Marzano:

“Les relations sadomasochistes paraissent le plus souvent fondées sur un véritable paradoxe: les individus recherchent en permanence un dépassement d’eux-mêmes, à prouver à eux-mêmes et à l’autre (ou aux autres) qu’ils sont capables d’endurer

630 J.S. Mill [1859], *On liberty*, Londen: Penguin 1985, p. 173.

telle ou telle douleur, physique et psychologique. Parallèlement à cette recherche du dépassement de soi, l'individu organise les séances: tous les codes et les conventions n'ont d'autre raison que de baliser les pratiques. Mais jusqu'où peut aller un masochiste? Peut-on réellement exprimer son autonomie dans un acte qui vise à l'effacement de sa volonté? Réduit à la condition d'esclave, un masochiste renonce à sa place de sujet.”<sup>631</sup>

In het SM-contract is het onderscheid tussen vrije wil en onderdrukking dan ook wankel. Zoals het woord “victime” in het laatste deel van het arrest consequent tussen aanhalingstekens wordt geplaatst, evenals het woord “esclave”, zo zouden ook “toestemming” en “weigering” dat kunnen worden. Wat dat betreft is niet alleen de menselijke waardigheid een ambigu begrip, zoals veel commentatoren op de beide SM-arresten schrijven, maar wordt het criterium van toestemming in de praktijk van sadomasochisme minstens zo ongrijpbaar, als niet nog dubbelzinniger.

De contradicties zijn eveneens in het onderhavige arrest te herkennen. Zo kan men zich afvragen waarom het Hof bovenal belang hecht aan de signalen van de vrouw tijdens de vernederingen. Als het uitgangspunt van het arrest de vrije wil van het slachtoffer vormt, dan had men, zoals eisers stellen,<sup>632</sup> even goed aansluiting kunnen zoeken bij het gegeven dat de vrouw in kwestie geen aangifte heeft gedaan, en geen civielrechtelijke procedure tegen de eisers heeft gestart. De overwegingen in het arrest kunnen niet verhullen dat het Hof hoe dan ook, of er nu vanuit menselijke waardigheid of zelfbeschikking wordt geredeneerd, voor en in plaats van het slachtoffer heeft gedacht, en niet naar haar mening heeft gevraagd.

Een ander belangrijk punt dat daarmee samenhangt is dat het Hof hier toestemming en persoonlijke autonomie aan elkaar gelijk lijkt te stellen. Ook daar kunnen vraagtekens bij worden geplaatst. Als de vrouw het codewoord niet had gebruikt, en haar toestemming daarmee niet zou hebben ingetrokken, zou men er dan van op aan hebben gekund dat de vernederingen en afranselingen in overeenstemming waren met haar autonome wilsbepaling, en het recht om zelf over het lichaam te beschikken? Is in het sadomasochistische spel, en al helemaal in de sadomasochistische relatie waarin de slavin en de veroordeelde rechter verkeerden, het gevaar niet groot dat het verlangen en de zelfbeschikking van de masochist worden genegeerd of zelfs uitgevlakt? Aangezien de masochist met een van de sadisten getrouwd was, kan men betwijfelen of haar beslissingen wel in volledige vrijheid waren genomen. Bovendien had ook zij grote hoeveelheden

631 Marzano 2006, p. 173-174. Zie ook haar beschouwingen met Alain Milon (M. Marzano en A. Milon, “Le corps transgressé: du consentement au souci de soi”, in: D. Borillo en D. Lochak (red.), *La liberté sexuelle*, Parijs: PUF 2005, p. 107-130).

632 *K.A. en A.D. t. België*, r.o. 76.

alcohol genuttigd, zodat haar vermogen tot vrije wilsvorming in dat opzicht waarschijnlijk was aangetast.

Ten derde kan men zich afvragen wat het Hof zou hebben geoordeeld als er in het geheel geen codewoord was afgesproken, of als het geweld, weliswaar met ‘instemming’ van de ‘slavin’, invaliditeit of ander blijvend letsel zou hebben veroorzaakt. Zou het Hof ook dan hebben volstaan met zijn contractualistische perspectief en zijn nadruk op het lichamelijk zelfbeschikkingsrecht? Zou de initiële toestemming van de vrouw dan iedere sadistische handeling hebben kunnen legitimeren? Of zou het Hof dan niet toch de menselijke waardigheid hebben ingeroepen? Het is zeer waarschijnlijk dat het Hof in dergelijke gevallen toch enige grenzen aan autonomie en zelfbeschikking zou hebben gesteld, waarschijnlijk verwijzend naar de bescherming van de gezondheid en de goede zeden.

Critici van het arrest benadrukken eveneens het wezenlijke tekort van het toestemmingscriterium. Marzano acht een juridische benadering van SM waarin uitsluitend autonomie als beginsel wordt gehanteerd problematisch:

“Comment peut-on [...] justifier les pratiques sadomasochistes sur la base du principe d'autonomie? Ne sommes-nous pas confrontés à une 'perversion' de l'autonomie qui prétend défendre, au nom même de ce principe, son effacement?”<sup>633</sup>

Fabre-Magnan schrijft in haar commentaar op het arrest dat het Hof voorrang geeft aan de seksuele vrijheid boven de bescherming van de lichamelijke integriteit.<sup>634</sup> Zij stelt op provocerende wijze dat het Hof daarmee de seksuele vrijheid tot het hoogste goed van de mensenrechten verheft, aangezien zelfs marteling ermee kan worden goedgepraat.<sup>635</sup>

Daarmee stelt zij de verhouding tussen artikel 3 en 8 EVRM ter discussie. Volgens artikel 17 EVRM mag geen van de bepalingen van het Verdrag worden uitgelegd als zou zij het recht inhouden “enige activiteit aan de dag te leggen of enige daad te verrichten met als doel de rechten of vrijheden uit het Verdrag teniet te doen of deze verdergaand te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien”. Dat betekent onder meer dat de interpretatie van artikel 8 EVRM niet in strijd mag zijn met het verbod op martelen en vernederende behandelingen van artikel 3 EVRM, en omgekeerd. Duidelijk is dat volgens het Hof inbreuk is gemaakt op artikel 8 EVRM. Kunnen we daaruit opmaken dat het Hof impliciet stelt dat marteling en vernedering in de zin van artikel 3 EVRM hier niet aan de orde zijn? Dat zou kunnen betekenen dat toestemming van het slachtoffer de marteling of vernederende behandeling aan de reikwijdte van artikel 3 EVRM onttrekt, of in de weg staat aan kwalificatie van de handeling als onmenselijk of vernederend,

633 Marzano 2006, p. 174.

634 Fabre-Magnan 2005, p. 2975.

635 Fabre-Magnan 2005, p. 2976.

zoals Vermeulen schrijft.<sup>636</sup> Hoe het ook zij, Fabre-Magnan acht de interpretatie die het Hof van artikel 8 EVRM geeft in strijd met artikel 3 en dus ook artikel 17 EVRM. Volgens haar is dan ook niet minder dan de menselijke waardigheid in het geding.<sup>637</sup> Op dat punt onderschrijft zij het oordeel van het Antwerpse Hof. Ook al kan zij zich vinden in de uitkomst van het oordeel – de klacht van eisers wordt afgewezen – toch had zij er de voorkeur aan gegeven als het Hof zich niet uitsluitend op het lichamelijk zelfbeschikkingsrecht had gebaseerd. Kortom, “La Cour n’aurait pas dû hésiter à affirmer clairement que torturer et humilier une femme n’est pas un droit de l’homme”.<sup>638</sup> Zelfs wanneer de masochiste het code-woord niet had ingeroepen, dan nog zouden de sadomasochisten de menselijke waardigheid hebben aangetast.

Fabre-Magnan acht de weg die het Hof met dit arrest heeft ingeslagen dan ook verontrustend, en vreest voor een uitholling van de mensenrechten. Volgens haar verliest het Hof hier niet minder dan de fundamentele van de grondrechten uit het oog, namelijk het mensbeeld van de menselijke waardigheid dat tot taak “l’institution de l’humanité”<sup>639</sup> heeft, en waarin de mens wordt voorgesteld als een eenheid van lichaam en geest. Op basis van dit mensbeeld kan de persoonlijke autonomie in uitzonderingsgevallen worden ingeperkt. Zoals reeds bleek bij de bespreking van de arresten *Pretty* en *Goodwin* is het Europese Hof echter geneigd de menselijke waardigheid uit te leggen als synoniem aan respect voor autonomie. Dat blijkt nog duidelijker uit de jurisprudentie over lijkschennis.

### 3.3.6 Lijkschennis

Eerder in het hoofdstuk werd gesteld dat de EVRM-benadering van het menselijk lichaam bestaat uit een combinatie van verschillende tradities. In dit deel van het hoofdstuk is gebleken dat het zwaartepunt echter steeds meer is verschoven in de richting van de angelsaksische traditie, waartoe ook het Nederlandse gezondheidsrecht kan worden gerekend. Zo is sinds *K.A. en A.D t. België* het recht om over het eigen lichaam te beschikken erkend. Deze ontwikkeling heeft zich sindsdien voortgezet. Dat zal ook in het volgende hoofdstuk blijken bij de bespreking van de status van het embryo onder het EVRM.

Daardoor verdwijnt de lichaamsgerichte benadering naar de achtergrond om plaats te maken voor een persoonsgericht perspectief. Op die manier is onder geleide van het Hof sprake van een subjectivering van het verdragsrecht. De lichaamsgerichte benadering is weliswaar nog zichtbaar in jurisprudentie over artikel 3 EVRM, en onder meer in de afweging van artikel 8 EVRM tegen de beperkingsgronden uit lid 2 zoals de bescherming van de gezondheid en de

636 Zie 3.3.2.

637 Fabre-Magnan 2005, p. 2978 e.v.

638 Fabre-Magnan 2005, p. 2981.

639 Fabre-Magnan 2005, p. 2980 e.v.

goede zeden. Bovendien beïnvloedt de menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie verschillende uitspraken wellicht op indirecte wijze, zoals duidelijk het geval is in *Laskey*, en in mindere mate in *Pretty*, waarin immers ook de andere interpretatie van menselijke waardigheid werkzaam is. Wat echter opvalt aan de jurisprudentie van de laatste jaren is dat deze afwegingen het steeds vaker lijken af te leggen tegen de persoonlijke autonomie. Dat de persoonlijke autonomie steeds invloedrijker wordt blijkt uit het toenemend belang van artikel 8 EVRM in het verdragsrecht, uit de voorrang die het Hof geeft aan de beperkingsgrond van de rechten van anderen boven die van de goede zeden, en uit de interpretatie die het Hof geeft van de menselijke waardigheid. Menselijke waardigheid is in de context van artikel 8 EVRM bovenal respect voor zelfbeschikking, en niet zozeer voor de verbondenheid tussen de persoon en zijn lichaam. Het lichaam maakt eerder deel uit van een privé-zone waarbinnen het individu soeverein is, dan van een zone waar overheidsingrijpen als gerechtvaardigd wordt gezien.

In het kader van de analyse van het Franse recht is de lichaamsgerichte benadering, en de erkenning van menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie, geïllustreerd aan de hand van een zaak die de bescherming van het gestorven lichaam betrof, de *Milhaud*-affaire. Daarbij bleek dat de bescherming die het lichaam in het Franse recht aan de menselijke waardigheid ontleent zelfs doorwerkt na de dood, en dus na het einde van de rechtssubjectiviteit. Deze bescherming vormt een mooie adstructie van de eigen beschermwaardigheid die het menselijk lichaam, onafhankelijk van het respect voor de autonomie van de persoon, onder deze interpretatie van de menselijke waardigheid geniet. Om die reden is het interessant om kort stil te staan bij de bescherming van het gestorven lichaam onder het EVRM. Werken de verdragsrechten door na de dood, zoals de lichamelijke integriteit in het Franse recht na de dood nog wordt beschermd (artikel 16-1-1 C. civ.)? Als dat niet het geval is, dan vormt dat wederom een indicatie dat de persoonsgerichte benadering dominant is geworden onder het EVRM.

De vraag naar de beschermwaardigheid van het lijk heeft zich zowel in de context van artikel 3 als artikel 8 EVRM voorgedaan. De twee zaken waarin de postmortale werking van artikel 8 EVRM ter discussie staat, berusten op vergelijkbare feiten. In beide zaken staat de vraag centraal of men toegang heeft tot de rustplaats en de stoffelijke resten van een overledene ter verkrijging van DNA-materiaal met als doel te achterhalen of de overledene zijn vader is. In de eerste zaak, de ontvankelijkheidsbeslissing *Estate of Kresten Filtenborg Mortensen t. Denemarken*,<sup>640</sup> wijst de Deense rechter in hoogste instantie de vordering tot toegang tot de stoffelijke resten toe. Het zijn de erven van de overledene die hierover een klacht indienen bij het Hof. De klacht wordt niet-ontvankelijk verklaard. Daarbij speelt vooral een rol dat uit artikel 8 EVRM geen aanspraken na de dood kunnen worden afgeleid:

640 EHRM 15 mei 2006, ontv. besl. (*Estate of Kresten Filtenborg Mortensen t. Denemarken*).

“In the present case the individual in question, namely KFM, was deceased when the alleged violation took place and hence when his estate, on his behalf, lodged the complaint with the Court alleging an interference with his right, or rather his corpse’s right, to respect for private life. In such circumstances, the Court is not prepared to conclude that there was interference with KFM’s right to respect for private life within the meaning of Article 8 §1 of the Convention.”

Kortom, artikel 8 EVRM werkt niet na de dood. Deze positie heeft het Hof kort daarop, in *Jäggi t. Zwitserland*,<sup>641</sup> bevestigd. De Zwitsers federale rechter had de klager in kwestie de toegang tot de rustplaats en het lijk van zijn vermeende vader ontzegd wegens overwegingen gebaseerd op de menselijke waardigheid. De rechter woog daarbij het belang van klager om te weten van wie hij afstamt af tegen de rechten van overledenen:

“The right to know one’s parentage cannot be absolute in scope but must be weighed against the interests relating to protection of the personal freedom of others – in the instant case, the right of the deceased, deriving from human dignity, to protect his remains from interferences contrary to morality and custom, and the right of the close relatives to respect for the deceased and the inviolability of his corpse.”<sup>642</sup>

Wat hieraan opvalt is dat twee aspecten van de menselijke waardigheid tegen elkaar worden afgewogen: het recht op persoonlijke ontplooiing en zelfbeschikking, ofwel het algemeen persoonlijkheidsrecht, tegen het recht op bescherming van het lichaam en de verbondenheid van het lichaam met de persoon. Daarnaast komt aan de belangen van de nabestaanden gewicht toe. De conclusie van de Zwitserse rechter luidt dat in casu de rechten van de overledene zwaarder wegen.

Het Europese Hof komt tot een tegengesteld oordeel, en stelt de klager in het gelijk. Zijn recht op respect voor privéleven is aangetast, aangezien zijn recht om te weten wie zijn ouders zijn op het spel stond. “In such cases”, zo stelt het Hof, “particularly rigorous scrutiny is called for when weighing up the competing interests”.<sup>643</sup> Anders gezegd, het Hof gunt de lidstaat in dergelijke gevallen slechts een smalle beoordelingsmarge. Het Hof benadrukt net als de Zwitserse rechter dat een afweging moet worden gemaakt tussen “the applicant’s right to establish his parentage and, on the other hand, [...] the right of third parties to the inviolability of the deceased’s body, the right to respect for the dead, and the public interest in preserving legal certainty”.<sup>644</sup> In de afweging die het Hof vervolgens maakt, wordt het respect voor de doden echter teruggebracht tot een kwestie van

641 EHRM 13 juli 2006, EHRC 2006, 111 (*Jäggi t. Zwitserland*).

642 *Jäggi t. Zwitserland*, r.o. 19.

643 *Jäggi t. Zwitserland*, r.o. 37.

644 *Jäggi t. Zwitserland*, r.o. 39.

subjectieve waardering en de feitelijke mate van respect die door de nazaten van de overledene aan de dag wordt gelegd. Zo hecht het Hof veel belang aan het feit dat de familieleden van de overledene zich niet op religieuze of filosofische argumenten beriepen om de aantasting van de stoffelijke resten te betwisten, en dat ze de huur voor het graf niet hadden betaald.<sup>645</sup> Voor het overige komt het Hof niet tot nadere overwegingen omtrent het respect voor de doden waartegen het Hof het recht op afstammingsgegevens zou afwegen. Met andere woorden, respect voor de doden is voor het Hof geen objectief maar een subjectief rechtsgoed, dat afhankelijk is van het feitelijke respect dat de nabestaanden opbrengen voor de stoffelijke resten. Zodra de nabestaanden weinig waarde hechten aan het lijk, is het lijk bij gevolg minder beschermwaardig. Het is in dezelfde geest dat het Hof bevestigt, onder verwijzing naar de eerdere zaak over lijkschennis, dat aan artikel 8 EVRM geen postmortale werking jegens toekomt.<sup>646</sup>

Zoals uit voorgaande paragrafen bleek, komt aan de menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie een sterkere bescherming toe onder artikel 3 EVRM, het verbod op onmenselijke behandeling, dan onder artikel 8 EVRM, waarin een opvatting van menselijke waardigheid in haar individuele dimensie domineert. Toch maakt ook hier het Hof een halt voor de dood, zo blijkt uit de uitspraak *Akpınar en Altun t. Turkije*.<sup>647</sup> De eisers in deze zaak beklagen zich onder meer over de toetakeling van de lijken van hun familieleden bij een inval door de publieke autoriteiten in het kader van de strijd tegen terrorisme. Er is volgens het Hof reden om aan te nemen dat veiligheidsbeambten de oren van beide slachtoffers na hun dood hadden afgesneden, en er dus sprake van lijkschennis was. Echter, lijkschennis kan volgens het arrest niet worden beschouwd als een onmenselijke of vernederende behandeling als bedoeld in artikel 3 EVRM:

“The Court has never applied Article 3 of the Convention in the context of respect for a dead body. The present Chamber concurs with this approach, finding that the human quality is extinguished on death and, therefore, the prohibition on ill-treatment is no longer applicable to corpses, like those of Seyit Külekçi and Doğan Altun, despite the cruelty of the acts concerned.”<sup>648</sup>

Het Hof stelt hier dat er van de menselijke waardigheid geen beschermende werking uitgaat na de dood, aangezien met de dood ook “the human quality” ten einde loopt. Raadselachtig is wat het Hof verstaat onder “human quality.” Bedoelt de Europese rechter daarmee dat ook aan menselijkheid een einde komt met de dood? Als dat zo is, dan botst de opvatting van het Hof frontaal met het Franse

645 *Jäggi t. Zwitserland*, r.o. 41.

646 *Jäggi t. Zwitserland*, r.o. 42.

647 EHRM 27 februari 2007 (*Akpınar en Altun t. Turkije*).

648 *Akpınar en Altun t. Turkije*, r.o. 82.



juridische denkkader. Zoals bleek uit de Milhaud-zaak leeft de *personne humaine* volgens de Conseil d'État na de dood voort. Ook in het Nederlandse recht wordt postmortale werking van artikel 10 en 11 Gw aangenomen, zoals in hoofdstuk 8 nog naar voren zal komen. Het Hof lijkt er een nogal schrale opvatting van menselijkheid op na te houden, ontdaan van symbolische connotaties.

De eisers worden desondanks in het gelijk gesteld. Zo overweegt het Hof dat het lijden van de familieleden bij de confrontatie met de verminkte lichamen kan worden gekwalificeerd als een vernederende behandeling in de zin van artikel 3 EVRM.<sup>649</sup> Toch geeft het oordeel aanleiding tot een *dissenting opinion*. De dissenter in kwestie beklaagt zich over de interpretatie die het Hof van de menselijke waardigheid geeft:

“It is my conviction that the duty imposed on the State authorities to respect an individual's human dignity, and to protect bodily integrity, cannot be deemed to end with the death of the individual in question where a person is killed by the security forces and the corpse immediately subjected to deliberate and cruel acts, as in the present case. Human dignity extends not only to the living but also to the dead. [...] the dead – particularly those in living memory – remain in communion with the living, and we, the living, owe them continuing honour and respect.”<sup>650</sup>

Dat het Hof niet mee is gegaan in haar opvatting van artikel 3 EVRM kan de dissenter evenwel verklaren. Volgens haar ligt daaraan een gebrek aan consensus in deze gevoelige, ethische en religieuze materie ten grondslag:

“I acknowledge that there is no common European standard in the philosophical/ethical/religious approach to death. We also have different ways of looking at human remains after death. This is reflected in our languages and in our cultures in general and our funeral traditions in particular. Maybe this is why the Court in its case-law has not extended the protection under Article 3 beyond those living now. In my opinion the case at hand provided the Court with an opportunity to take a step further in the protection of human dignity. I regret that I was unable to convince my esteemed colleagues to take this opportunity and state clearly that the obligation to respect an individual's human dignity and bodily integrity continues after death.”<sup>651</sup>

Toch lijkt de beschermwaardigheid van het gestorven lichaam een waarde die in vrijwel alle culturen en sinds de vroegste tijden op een of andere manier wordt onderschreven. Van een consensus binnen Europees bestek is daarom hoogstwaarschijnlijk wel degelijk sprake. De dieper liggende oorzaak van de weigering

649 *Akpinar en Altun t. Turkije*, r.o. 86.

650 *Dissenting opinion* Fura-Sandström bij *Akpinar en Altun t. Turkije*, sub 4-5.

651 *Dissenting opinion* Fura-Sandström bij *Akpinar en Altun t. Turkije*, sub 9.

van het Hof om lijkschennis onder artikel 3 EVRM te bekijken is dat men in het persoonsgerichte denkkader van het EVRM, waarin subjectieve rechten centraal staan, de intrinsieke beschermwaardigheid van het gestorven lichaam slecht tot uitdrukking kan brengen.

De EVRM-benadering van lijkschennis vormt een goede illustratie van de manier waarop menselijke waardigheid, gedacht als objectief rechtsgoed, niet goed uit de verf komt in de context van subjectieve rechten en vrijheden van de mens. Daarmee is opnieuw het spanningsveld blootgelegd dat eigen is aan de debatten over de toelaatbaarheid van biomedische technieken. Regulering waarin grenzen worden opgelegd aan gebruik en ontwikkeling van deze technieken, zoals het wereldwijde verbod op reproductief kloneren of het verbod op kiembaangetherapie, berust op een collectief mensbeeld dat aan de visie van het individu en aan zijn subjectieve rechten is onttrokken. Hoewel het EVRM en het Biogeneeskundeoverdrag, waarin deze verboden eveneens zijn neergelegd, beide tot stand zijn gekomen onder de Raad van Europa, is dat spanningsveld ook tussen beide verdragen aanwezig. Anders gezegd, de beperkingen die op grond van de menselijke waardigheid worden opgelegd aan de toegang tot biomedische technieken staan onder druk van de roep om respect voor subjectieve rechten en vrijheden. Die spanning wordt nog eens vergroot doordat zelfbeschikking een steeds groter stempel op de rechterlijke uitleg van deze subjectieve rechten drukt.

### 3.4 Conclusie

De rode draad door dit hoofdstuk is het spanningsveld tussen persoon en gemeenschap bij de normering van handelingen met betrekking tot het menselijk lichaam. Dit spanningsveld kan op diverse manieren worden omschreven: tussen een subjectieve en een objectieve interpretatie van grondrechten, een persoonsgerichte en een lichaamsgerichte benadering, menselijke waardigheid als *empowerment* en als *constraint*, en tussen het respect voor zelfbeschikking en de bescherming van de eenheid van persoon en lichaam.

Het Nederlandse gezondheidsrecht staat in het teken van zelfbeschikking. Via een analyse van de WGBO, artikel 11 Gw en het algemeen persoonlijkheidsrecht werd bezien of er terecht in navolging van Leenen van een recht om over het eigen lichaam te beschikken wordt gesproken in het Nederlandse gezondheidsrecht. De conclusie van deze analyse luidde dat het zelfbeschikkingsrecht in de praktijk neerkomt op het vereiste van *informed consent*. Op dit vereiste kan het bestaan van een daadwerkelijk recht om zelf over het lichaam te beschikken niet worden gegrond. Zelfbeschikking is eerder te kwalificeren als een beginsel dat moet worden afgewogen tegen andere beginselen zoals de lichamelijke integriteit en de beschermwaardigheid van het lichaam. Deze andere beginselen krijgen

onder meer gestalte in vereisten van medische professionaliteit zoals de medische beroepscode, in aanvullende vereisten van redelijkheid bij bijvoorbeeld medische experimenten met mensen, in de talloze voorwaarden voor bijvoorbeeld orgaan-donatie en geslachtsveranderende operaties, en in het verbod om medewerking te verlenen aan zelfmoord en zelfverminking. In al deze gevallen geldt dat toestemming niet volstaat om ingrepen aan het lichaam te legitimeren. Toestemming is hier slechts een van de vereisten temidden van andere overwegingen die samenhangen met de bescherming van het lichaam. Geconcludeerd werd dat de zelfbeschikkingsbenadering tekortschiet, en dat zij met name slecht in staat is de verbondenheid van het lichaam met de persoon tot uitdrukking te brengen. Vanuit zelfbeschikking is niet te verklaren waarom beschikking over het eigen lichaam wezenlijk verschilt van beschikking over een willekeurige zaak. Uitgerend deze verbondenheid staat aan de basis van veel juridische beperkingen op het gebruik van biomedische technieken.

In het Franse juridische denkkader is het lichaam veel zichtbaarder. De menselijke waardigheid fungeert daarbij als centraal begrip. Met name het persoonsbegrip waarop de menselijke waardigheid steunt, de *personne humaine*, kan worden beschouwd als een begrip waarin het rechtssubject ook in zijn lichamelijke aspecten wordt gerepresenteerd. Deze interpretatie van de menselijke waardigheid vooronderstelt op die manier de eenheid van persoon en lichaam. Dat verklaart waarom dit beginsel, dat erkenning in het positieve recht heeft gevonden sinds de bio-ethiekwetten van 1994, een essentiële rol vervult in de Franse regulering van de medische biotechnologie.

De eenheid die aldus tussen persoon en lichaam wordt gesmeed berust op een collectief mensbeeld. Om die reden wordt aan deze uitleg van de menselijke waardigheid ook wel gerefereerd als menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie. Deze interpretatie is in de regel goed verenigbaar met het beginsel van zelfbeschikking. Juist omdat het lichaam een eenheid vormt met de persoon, dient het aan de persoon zelf te zijn beslissingen met betrekking tot zijn lichaam te maken. Echter, daar waar zelfbeschikking uitloopt op een ontkenning van die eenheid of de beschermwaardigheid van het lichaam of op een ondermijning van het collectieve mensbeeld dat daaraan ten grondslag ligt, stuit het zelfbeschikkende individu volgens deze conceptie van de menselijke waardigheid op grenzen. In die situaties komt een *ordre public corporel* tussen beide, en is het menselijk lichaam *indisponible*: het staat tot op zekere hoogte niet langer tot de vrije beschikking van het rechtssubject. Aangezien men niet vrijelijk over zijn menselijkheid en het collectieve mensbeeld van de menselijke waardigheid kan beschikken, en het lichaam eveneens de sporen van die menselijkheid draagt, staat het menselijk lichaam niet geheel tot de vrije dispositie. De idee is dat we via ons lichaam deel uitmaken van een groter geheel, de mensheid. Dat lidmaatschap legt bepaalde verplichtingen op met betrekking tot het gebruik van het eigen lichaam.

Over de grenzen van de lichamelijke zelfbeschikking wordt getwist. Men is het er niet over eens op welk moment de menselijke waardigheid in het geding komt. Is die grens slechts in het geval van de creatie van genetisch identieke individuen bereikt, of ook al bij dwergwerpen? Het dwergwerp-arrest laat de beperkende aspecten van een beroep op de menselijke waardigheid in rechterlijke oordelen en wetgeving goed zien. De manier waarop het lichaam aan de eigen beschikkingsbevoegdheid wordt onttrokken kan leiden tot een paternalistische en denigerende behandeling van het individu.

Kortom, het beginsel van de menselijke waardigheid, zoals toegepast in het Franse recht, vormt enerzijds een zinvolle aanvulling op de zelfbeschikkingsbenadering bij de regulering van de medische biotechnologie. Tegelijkertijd heeft een analyse van het Franse recht duidelijk gemaakt dat er een aantal haken en ogen aan dit gebruik van de menselijke waardigheid zitten.

In het EVRM zijn beide tradities vertegenwoordigd. Toch zien we in de jurisprudentie van het Hof over het recht op respect voor privéleven geleidelijk aan het zwaartepunt verschuiven richting het zelfbeschikkingsrecht. Werd in *Pretty* en *Goodwin* nog gesproken van een principe van persoonlijke autonomie, in *Van Kück* refereert het Hof aan het recht op seksuele zelfbeschikking, om uiteindelijk in *K.A. en A.D.* een recht om over het eigen lichaam te beschikken te postuleren. In het volgende hoofdstuk zal blijken dat deze tendens nog verder wordt aangezet in de jurisprudentie van het Hof over het recht op respect voor privéleven met betrekking tot voortplanting. Weliswaar refereert het Hof in zijn arresten aan de menselijke waardigheid, maar zoals bleek bij de bespreking van het *Pretty*- en *Goodwin*-arrest werd het beginsel met name in verband gebracht met zelfbeschikking en autonomie. Deze uitleg van de menselijke waardigheid blijkt eveneens uit de weigering van het Hof om de menselijke waardigheid van artikel 3 EVRM uit te leggen als een beginsel dat de persoon ook na de dood beschermt tegen aantastingen van de lichamelijke integriteit.

De jurisprudentie van het Hof roept de vraag of alleen de uitleg van menselijke waardigheid als autonomie goed verenigbaar is met de geest van subjectieve rechten en vrijheden. Als dat zo is, kan de nationale en internationale regelgeving op het terrein van de medische biotechnologie onder druk komen te staan van de mensenrechten. In de regulering van de medische biotechnologie is immers vooral de collectieve interpretatie van menselijke waardigheid, welke grenzen stelt aan de individuele autonomie, werkzaam. De vraag is of het Hof zijn zelfbeschikkingslijn zal doortrekken in biomedische kwesties. Tot op heden heeft het Hof zich nog nauwelijks hoeven buigen over biomedische handelingen met betrekking tot het menselijk lichaam. In het volgende hoofdstuk zal blijken dat dat anders is met het menselijk embryo.



## 4 De juridische gestalten van het menselijk embryo

### Inleiding

Net als het menselijk lichaam vormt het menselijk embryo een realiteit waarop de jurist moeilijk grip kan krijgen. De problematiek omtrent de juridische kwalificatie van het embryo toont in wellicht nog sterkere mate het terminologisch tekort van het recht bij de normering van medisch-biotechnologische ontwikkelingen. Immers, ook het embryo ontsnapt aan de binaire logica van het recht: het is persoon noch zaak, rechtssubject noch rechtsobject. Wat de kwalificatie extra bemoeilijkt is dat het embryo deel uitmaakt van een continu ontwikkelingsproces, waarbinnen het lastig is markeringen aan te brengen. Elk stadium voorafgaand aan de persoonwording roept bovendien de vraag op wat de status is van het ongeboren leven.

Daarnaast wordt in de regelgeving en gedachtevorming met betrekking tot het embryo wederom een beroep op de beginselen van menselijke waardigheid en zelfbeschikking gedaan, ofwel de beginselen die ook in het vorige hoofdstuk centraal stonden. Toch is een aparte behandeling van het menselijk embryo op haar plaats. Beschikking over het embryo verschilt in een aantal belangrijke opzichten van beschikking over het lichaam.

Ten eerste kan het embryo niet worden beschouwd als een lichaamsdeel van de zwangere vrouw. Het embryo bevindt zich tijdens de zwangerschap in het lichaam van de vrouw, maar valt daar niet volledig mee samen. Hoewel abortus veelal wordt gezien als een vorm van zelfbeschikking van de vrouw, beschikt de vrouw in geval van zwangerschapsafbreking niet uitsluitend over haarzelf. Zelfbeschikking is op dit front een misleidende term, aangezien het embryo niet als een element van het vrouwelijk lichaam wordt opgevat. Ook Leenen stelt dat “het recht op eigen lichaam”, zoals hij dat noemt, niet alle aspecten van het embryo omvat. Weliswaar kan de vrouw haar zwangerschap binnen de grenzen van de *Wet afbreking zwangerschap* (WAZ) beëindigen, en kan zij op grond van de Embryowet toestemming geven voor wetenschappelijk onderzoek met de foetus (artikel 21 Embryowet), maar haar beslissingsbevoegdheid met betrekking tot het embryo in haar lichaam gaat niet verder dan dat. “Het recht op eigen lichaam

omvat dan ook niet de vrucht op gelijke wijze als haar eigen lichaam”,<sup>652</sup> stelt Leenen. Zelfbeschikking, in de zin van ‘baas in eigen buik,’ blijft daarmee voornamelijk beperkt tot aspecten van gezinsplanning en wetenschappelijk onderzoek. De beschikking van de vrouw over het ingenestelde embryo staat in dat opzicht los van de beschikking over haar lichaam. Bovendien heeft de medische biotechnologie de zelfstandigheid van het embryo versterkt via technieken die de conservatie en preservatie van embryo's buiten het lichaam mogelijk maken. Het embryo vormt daarom een entiteit die onvermijdelijk ook apart van het vrouwelijk lichaam in juridische overwegingen moet worden betrokken.

De biologische en juridische zelfstandigheid van het embryo blijft evenwel beperkt. Naast de fysieke verbondenheid van de foetus tijdens de zwangerschap met het lichaam van de vrouw, is het embryo ook in genetisch en emotioneel opzicht met zijn ouders verbonden. Die verbondenheid wordt eveneens in het recht uitgedragen. Dat blijkt op wettelijk niveau vooral uit het vereiste van toestemming van de ouders voor handelingen met het embryo. Daarmee komen we tot het tweede verschil tussen de juridische positie van het lichaam en het embryo. Meer dan het lichaam is de positie van het embryo verweven met de belangen en intenties van derden. Zo is het lot van embryo's in vitro in vergaande mate afhankelijk van de bedoelingen die ‘de ouders’ ermee hebben.

Een laatste verschil treedt aan het licht bij vergelijking van de juridische beperkingen aan beschikking over het lichaam en aan beschikking over het embryo. In het vorige hoofdstuk bleek dat aan het lichaam een bepaalde beschermwaardigheid toekomt, ook los van de wijze waarop de persoon zijn lichaam waardeert en ervaart. Die beschermwaardigheid vloeit voort uit de verbondenheid van het lichaam met de persoon, en wordt tot uitdrukking gebracht met het mensbeeld van de menselijke waardigheid. Binnen een dergelijke interpretatie van de menselijke waardigheid stuit zelfbeschikking op haar grenzen zodra er sprake is van een ondermijning van dat mensbeeld en van de eenheid van lichaam en persoon.

Deze lezing van de menselijke waardigheid kan echter niet worden ingeroepen om de beperkingen aan de beschikking over het embryo te rechtvaardigen. Het voornaamste probleem is dat het embryo juridisch gezien geen persoonlijkheid heeft. Het embryo wordt gekenmerkt door de afwezigheid van een zelfverhouding: het heeft geen lichaam, maar is een lichaam. In de toepasselijke woorden van Hermitte: “L’embryon n’est pas un être pour soi, mais toujours un être pour l’autre, les parents, la science, les malades, l’enfant à naître, l’espèce humaine.”<sup>653</sup> Beperkingen van de beschikking over het embryo kunnen dus niet worden gebaseerd op de gedachte van de eenheid van persoon en lichaam. Toch worden er in

652 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel 1 Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2007, p. 136.

653 M.-A. Hermitte, “L’embryon humain, la science et le droit, essai de chronologie”, *Revue Générale de Droit Médical* 2000, numéro spécial (*La recherche sur l’embryon: qualifications et enjeux*), p. 19.

het recht talloze grenzen aan handelingen met het embryo gesteld. De vraag is welk principe aan deze grenzen ten grondslag ligt.

In dit hoofdstuk zal blijken dat het embryo niet wordt beschermd als (een onlosmakelijk deel van de) menselijke persoon, maar op basis van de gedachte dat het embryo net als de menselijke persoon een vorm van menselijk leven is. Dit beginsel van *respect voor menselijk leven* onttrekt het embryo aan zaakskwalificatie. Betoogd zal worden dat respect voor menselijk leven weliswaar samenhangt met de menselijke waardigheid, maar dat de inhoud van beide beginselen principieel verschilt. Ook al staat de menselijke waardigheid mede aan de basis van beperkingen aan handelingen met het embryo, zoals het verbod op reproductief kloneren en kiembaangetherapie, deze beperkingen brengen een respect voor de menselijke persoon tot uitdrukking, en niet zozeer voor ongeboren leven. Het gaat hier om het lot van de personen die uit deze technieken zullen voortkomen, niet om de bescherming van de embryo's voorafgaand aan de geboorte. De achterliggende gedachte is dat deze technieken een aantasting vormen van het beeld van de mens als wezenlijk gelijk, vrij en uniek. Om die reden wordt het verbod op deze controversiële voortplantingstechnieken niet in de context van de juridische status van het embryo behandeld, maar in het kader van een analyse van de menselijke waardigheid (zie met name 8.2.4).

In dit hoofdstuk zal daarentegen de juridische beschermwaardigheid van ongeboren menselijk leven centraal staan. Wat wil respect voor menselijk leven zeggen? In hoeverre is het in overeenstemming met respect voor menselijk leven om rekening te houden met andere belangen dan de bescherming van het embryo, zoals de belangen en intenties van de ouders, de wetenschap, wensouders en zieken? Tot welke hoogte heeft een embryo een intrinsieke waarde naast de relatieve waarde die hij voor zijn ouders heeft? Als het intrinsiek beschermwaardig is, hoe verhoudt die waardigheid zich dan tot de belangen die zijn ouders hebben bij gezinsplanning? Kan het toeschrijven van een onafhankelijke, intrinsieke waarde van het embryo bovendien in strijd komen met de abortusvrijheid?

Een analyse van de juridische status van het embryo kan op negatieve wijze blootleggen wat menselijke persoonlijkheid in het recht inhoudt. Het embryo ontbeert persoonlijkheid, maar is wel een vorm van menselijk leven. Vanaf welk moment wordt dit menselijk leven een persoon, en wat geeft daarbij de doorslag? Wat maakt in het recht een persoon tot een persoon? En in hoeverre maakt het respect voor menselijk leven deel uit van de menselijke waardigheid? Immers, iedere menselijke persoon is per definitie een vorm van menselijk leven. Een studie naar de juridische positie van het embryo draagt bij aan een beter begrip van het juridische humaniseringsproces. Dat juridische humaniseringsproces is met name in de Franse rechtsdogmatiek scherp geanalyseerd.

Net als in het vorige hoofdstuk zal Nederlands, Frans en EVRM-recht aan bod komen. Voor zover dezelfde beginselen en bepalingen in dit hoofdstuk daarbij



de revue passeren, verwijs ik naar de beschouwingen die daaraan zijn gewijd in hoofdstuk 3.

#### 4.1 De status van het embryo in het Nederlandse recht

##### 4.1.1 *De biomedische en juridische opsplitsing van de status van het embryo*

Het embryo is geen nieuwkomer in het Nederlandse recht. Het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Strafrecht omvatten van oudsher bepalingen die verwijzen naar de fase voor de geboorte. Te denken is aan de nasciturus-fictie (artikel 1:2 BW), en de bepalingen met betrekking tot het doden van de ongeboren vrucht (artikel 82a en 296 Sr). Daarnaast kent het Nederlandse recht sinds 1984 de *Wet afbreking zwangerschap* (WAZ), waarin de voorwaarden voor abortus provocatus zijn neergelegd. Toch confronteert het embryo de jurist sinds de opkomst van de medische biotechnologie met een grotendeels nieuwe problematiek, waarvoor deze wetgeving geen passende oplossing te bieden heeft.

Een eerste nieuw aspect is dat de zwangerschap door technieken als in vitro fertilisatie (IVF) en prenatale diagnostiek gemedicaliseerd en veruitwendigd is geraakt. Een zwangerschap voltrekt zich niet langer volledig in de beslotenheid van het vrouwelijk lichaam. Daardoor is het embryo reeds in de beginfase, dat wil zeggen tussen conceptie en het moment waarop het embryo zich normaliter in de baarmoederwand innestelt (nidatie), in de biomedische praktijk en daarmee ook in het recht zichtbaar geworden. Ook al is het embryo op zichzelf geen nieuwkomer in het recht, het embryo in vitro is dat wel. Met name in de Embryowet uit 2002 worden handelingen met deze embryo's uit de eerste fase, in medische kringen ook wel *pre-embryo's* genoemd, beperkt en aan wettelijke voorwaarden onderworpen. Voorheen behoorde deze fase niet tot het werkingsgebied van het recht. Zoals Leenen stelt:

“Heeft het ingenestelde embryo, de vrucht of foetus, van oudsher een zekere mate van bescherming in het recht gehad [...], met het embryo in de daaraan voorafgaande fase van ontwikkeling heeft het recht zich in het verleden niet bemoeid. De mogelijkheid zo'n pril embryo buiten het moederlichaam in leven te houden, heeft de vraag naar de status ervan opgeroepen.”<sup>654</sup>

De medische ontsluiting van deze fase in de ontwikkeling van het embryo plaatst het recht inderdaad voor het probleem dit type embryo juridisch te duiden. De behoefte aan een juridische duiding van dit embryo is groot gezien het feit dat er veel embryo's plegen over te blijven van fertiliteitsbehandelingen. In het kader

654 Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 131.

van een IVF-behandeling worden in de praktijk meer embryo's gecreëerd dan meteen worden geïmplant. De reden is dat er meestal meerdere pogingen aan te pas moeten komen voordat een zwangerschap via IVF succesvol tot stand is gebracht. De embryo's die niet meteen worden geïmplant, worden voor zo lang nodig ingevroren. Deze embryo's worden ook wel *cryo-embryo's* genoemd, in de volksmond *cryo's*. Zodra deze cryo-embryo's definitief niet meer voor een zwangerschap worden gebruikt, spreekt men van *rest-embryo's*.

Kortom, via kunstmatige voortplantingstechnieken kan het embryo niet alleen buiten de baarmoeder tot stand wordt gebracht, maar bovendien langdurig buiten het lichaam worden geconserveerd. De Franse bioethicus Folscheid spreekt in dat verband van een proces van *extériorisation* van het embryo, de 'veruitwendiging' van beginnend menselijk leven: "L'extériorisation de l'embryon, inhérente à la fécondation in vitro, rend cet être débutant disponible, observable, évaluable."<sup>655</sup> De vraag is wat de juridische status is van dergelijk buiten het vrouwelijk lichaam verkerend menselijk leven. Doordat het embryo als gevolg van voortplantingstechnieken verzelfstandigd raakt, nemen de mogelijke handelingen ten opzichte van het embryo dat in vitro tot stand is gebracht enorm toe. Het embryo kan niet alleen worden opgeslagen en ingevroren, maar bijvoorbeeld ook worden gedoneerd aan wensouders of worden gebruikt als bestanddeel van medische, cosmetische of commerciële toepassingen, om stamcellen in kweek te brengen of als object van wetenschappelijke experimenten. Kortom, de veruitwendiging van ongeboren leven heeft een potentiële instrumentalisering van dat leven tot gevolg.

Daarmee komen we tot een tweede verschil tussen traditionele regelgeving met betrekking tot het embryo, en de hedendaagse regulering van de biomedische praktijk waarvan embryo's deel uitmaken. Niet langer spelen alleen de belangen van de ouders en het respect voor ongeboren menselijk leven een rol, zoals dat wel het geval is in bijvoorbeeld de abortuswetgeving. Ook met andere belangen en waarden wordt rekening gehouden. Zo noemt de Memorie van Toelichting bij de Embryowet eveneens "het welzijn van het toekomstige kind, genezing van zieken of bevordering van hun gezondheid en het welzijn van onvruchtbare paren"<sup>656</sup> als onderliggende waarden van de wet. De Embryowet is daarmee het resultaat van een afweging van de waarde van het ongeboren leven en de belangen van de ouders tegen meer utilitaire afwegingen. Donatie aan wensouders of aan de medische wetenschap wordt om die reden onder bepaalde voorwaarden door de Embryowet toegestaan, waarover meer in 4.1.2.3.

655 D. Folscheid, "Fragment sur la médecine", in: Th. de Koninck en G. Larochelle (red.), *La dignité humaine. Philosophie, droit, politique, économie, médecine*, Parijs: PUF (Débats philosophiques) 2005, p. 149.

656 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 423, nr. 3, p. 5 (MvT).

Op die manier stelt de Embryowet meer nog dan de WAZ de waarde van het embryo ter discussie. Een bepaalde mate van instrumentalisering is weliswaar al eigen aan de abortuswetgeving. Immers, de bescherming van het embryo in de abortuswetgeving legt het in het geval van abortus af tegen de gezinsplanning die de ouders voor ogen hebben, of de psychische nood waarin de vrouw verkeert. De instrumentele waarde van ongeboren leven krijgt echter een nieuwe lading in het licht van de medische biotechnologie. Tegen de achtergrond van de biomedische bruikbaarheid van voortplantingsmateriaal dringt de vraag naar de intrinsieke waarde van het embryo zich nog verder op. Is het embryo slechts van instrumentele betekenis voor bijvoorbeeld de ouders, de medische wetenschap en de genezing van zieken, of heeft het ook een intrinsieke waarde?

De ethische en juridische consensus luidt dat het embryo een eigen status en waarde toekomt. Het embryo is geen gebruiksvoorwerp, en mag niet om het even voor welk doel worden gebruikt. Hoever de beschermwaardigheid van ongeboren leven precies strekt blijft echter mysterieus. Juridisch staat overeind dat het respect voor menselijk leven niet zover kan gaan dat abortus ontoelaatbaar zou moeten worden geacht. Het embryo wordt daarmee niet op dezelfde manier beschermd als de menselijke persoon. Veel verder dan deze vaststellingen komt men niet. Pogingen om de eigen waarde van het embryo te duiden stranden op hetzij ontoereikend vocabulaire, hetzij onenigheid.

Zo kan de juridische bescherming van het embryo in ieder geval niet worden geduid in termen van *pro life* of *pro choice*, de zwart-wit tegenstelling die nog altijd in de Amerikaanse debatten over de status van het embryo domineert. Beide benaderingen vormen een grove simplificatie van de complexe en genuanceerde afweging waaraan de wetgever en de rechter zich moeten wagen met betrekking tot bijvoorbeeld de regulering van abortus en handelingen met het embryo in vitro. Zo wil het toekennen van een bepaalde mate van bescherming aan het embryo nog niet zeggen dat het embryo daarmee tot een persoon wordt gemaakt. Omgekeerd betekent de legalisering van abortus, of de toelaatbaarheid van het gebruik van embryo's voor wetenschappelijke doeleinden volgens Nederlands recht geenszins dat het embryo iedere beschermwaardigheid zou ontberen. In de Embryowet en de WAZ worden juist meerdere vereisten aan beide typen handelingen gesteld, die de uitkomst zijn van een afweging van de belangen van de ouders tegen de beschermwaardigheid van menselijk leven. Dat betekent onder meer dat niet iedere vorm van abortus is toegestaan,<sup>657</sup> en dat het embryo slechts voor een beperkt aantal wetenschappelijke doeleinden mag worden gebruikt.<sup>658</sup>

Het gebrek aan nuance in de angelsaksische meningsvorming over de status van het embryo trad wederom aan het licht in debatten over zogenaamde *partial-*

657 Zo mag abortus "slechts worden verricht door een arts in een ziekenhuis of kliniek, waaraan [...] vergunning tot het verrichten van dergelijke behandelingen is verleend" (art. 2 WAZ).

658 Zie hieronder in 4.1.3.

*birth abortions*. Bij deze vorm van abortus brengt de arts een bevalling op gang in de vijfde of zesde maand van de zwangerschap, doorboort hij halverwege de bevalling het hoofd van het embryo in de baarmoeder om er de hersenen uit te kunnen zuigen en de schedel te pletten, waarna hij de vrouw van de rest van het embryonale lichaam kan laten bevallen. Eind 2003 is in de Verenigde Staten een wet<sup>659</sup> van kracht geworden die deze zeldzame vorm van abortus verbiedt, tenzij de ingreep noodzakelijk is om het leven van de moeder te redden. De overweging van het parlement om deze wet aan te nemen luidde als volgt:

“A moral, medical, and ethical consensus exists that the practice of performing a partial-birth abortion – an abortion in which a physician delivers an unborn child’s body until only the head remains inside the womb, punctures the back of the child’s skull with a sharp instrument, and sucks the child’s brains out before completing delivery of the dead infant – is a gruesome and inhumane procedure that is never medically necessary and should be prohibited.”<sup>660</sup>

Deze wet leidde met name in pro choice kringen tot veel ophef, getuige de daarop volgende agressieve lobby en diverse protestmarsen.<sup>661</sup> De angst van deze groepen was dat de abortus-vrijheid die sinds de beroemde uitspraak *Roe v. Wade*<sup>662</sup> bestaat, zowel direct als indirect in gevaar is. De commotie had onder meer tot gevolg dat de Supreme Court in 2007 werd gevraagd zich uit te spreken over de grondwettelijkheid van deze wet. Het eindoordeel in *Gonzales v. Carhart*<sup>663</sup> luidde dat de wet in stand kon blijven. Hoewel de beslissing slechts de toelaatbaarheid van deze omstreden en zeldzame methode van abortus betrof, en de toelaatbaarheid van de abortuspraktijk zelf geheel niet ter discussie stond, zoals mede blijkt uit de slotoverwegingen van de wet,<sup>664</sup> is het arrest op veel kritiek komen te staan van pro choice aanhangers, waaronder Ronald Dworkin.

Dworkin beschouwt het verbod op partial-birth abortussen als een ongelegitimeerde bemoeienis van de staat met het privé-leven van zijn burgers. Het argument van de Supreme Court dat deze vorm van abortus een procedure is die “the power to devalue human life” heeft en “additional ethical and moral concerns” oproept, veegt Dworkin van tafel met de volgende redenering:

659 *Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003*.

660 §1 van de “findings” van het parlement in de *Partial-Birth Abortion Ban Act*.

661 Zie J. Jalil, “US abortion fight set to escalate”, *BBC News*, 27 juli 2004.

662 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (22 januari 1973).

663 *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. (18 april 2007).

664 De slotzinnen van de wet luiden: “The Senate finds that (1) abortion has been a legal and constitutionally protected medical procedure throughout the United States since the Supreme Court decision in *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 (1973)); and (2) the 1973 Supreme Court decision in *Roe v. Wade* established constitutionally based limits on the power of States to restrict the right of a woman to choose to terminate a pregnancy. It is the sense of the Senate that (1) the decision of the Supreme Court in *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 (1973)) was appropriate and secures an important constitutional right; and (2) such decision should not be overturned.”

“These justifications suppose that government may outlaw sound medical procedures for no better reason than that many people find those procedures disturbing or immoral. That is an equally direct repudiation of the basic [...] principle that such decisions must be left to the conscience of those directly involved.”<sup>665</sup>

Daarnaast vergelijkt hij het federale verbod op deze vorm van abortus met het omstreden verbod op sodomie dat tot 2003<sup>666</sup> nog in een aantal Amerikaanse staten van kracht was. Op die manier plaatst Dworkin de morele verontwaardiging over een vorm van abortus waarbij men de schedel van de ongeboren vrucht doorboordt en plet op één lijn met de verontwaardiging over homoseksualiteit. De vergelijking van het verbod op partial-birth abortussen met intolerantie jegens homoseksuelen gaat echter in meerdere opzichten mank. Het belangrijkste verschil is dat de betrokkenen in het geval van homoseksuele handelingen *consenting adults* zijn, terwijl bij abortus ook de bescherming van ongeboren leven in het geding is. Door het verbod op deze extreme vorm van abortus te reduceren tot een kwestie van intolerantie, lijkt Dworkin uitsluitend oog te hebben voor de belangen van de vrouw. Ieder argument dat berust op de beschermwaardigheid van ongeboren leven beschouwt hij als een ongerechtvaardigde en moralistische beperking van de zelfbeschikking van de vrouw, ook al betreft dit verbod slechts een specifieke modaliteit van abortus.

In tegenstelling tot hetgeen de Amerikaanse debatten doen vermoeden, laat de juridische benadering van het embryo zich in de praktijk niet reduceren tot een strikte pro choice of pro life visie. Sterker nog, bij gebreke aan een overkoepelende theorie, of een duidelijke status, wordt de juridische positie van het embryo gekenmerkt door verbrokkeling en fragmentatie.<sup>667</sup> Het is gemakkelijk de weg kwijt te raken in de bestaande, labyrintische regelgeving. Zoals in de biomedische praktijk inmiddels wordt gesproken van pre-embryo's, embryo's in vitro en embryo's in utero, cryo-embryo's, rest-embryo's, speciaal voor wetenschappelijke doeleinden gecreëerde embryo's, en levensvatbare foetussen en niet-levensvatbare foetussen, zo wordt ook in het recht onderscheid gemaakt tussen verschillende categorieën embryo's, ieder met hun eigen juridische regime. In de loop van dit hoofdstuk zullen deze juridische gestalten van het embryo de revue passeren.

Ook op andere niveaus is de regelgeving omtrent het embryo getekend door verbrokkeling. Hoewel de Embryowet sinds 2002 in werking is, heeft deze wet in tegenstelling tot hetgeen de titel van de wet doet vermoeden, de overige wetgeving met betrekking tot prenataal menselijk leven geenszins overbodig gemaakt.

665 R. Dworkin, “The court and abortion: Worse than you think”, *New York Review of Books*, Vol. 54, Number 9, 31 mei 2007, zie <http://www.nybooks.com/articles/20215>.

666 In *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) heeft de Supreme Court geoordeeld dat dergelijke verboden in strijd zijn met de grondwet.

667 Zie in dat verband ook het artikel dat ik over de status van het embryo schreef (B.C. van Beers, “De mysterieuze status van het embryo”, *NJB* 2005, nr. 13, p. 678-685).

Het toepassingsgebied van de Embryowet is beperkt, en voorziet slechts in een tot dan toe bestaande leemte om het gebruik van embryonaal materiaal voor biomedische doeleinden te reguleren. Daarmee vormt de wet slechts een aanvulling op de bestaande regelgeving, zoals die onder meer is neergelegd in het burgerlijk wetboek, het wetboek van strafrecht, de *Wet op de lijkbezorging* (WLB), de WAZ, de *Wet bijzondere medische verrichtingen* (WBMV) en de *Wet foetaal weefsel* (WFW).

De verschillende wettelijke bepalingen vullen elkaar niet alleen aan, maar lijken elkaar soms tegen te spreken. Zo wordt wel beargumenteerd dat de rechtsgebieden divergeren wat het tijdstip van geboorte betreft. Leenen wijst erop dat in het privaatrecht “het verlaten hebben van het moederlichaam” als moment van geboorte heeft te gelden, terwijl in het strafrecht reeds “tijdens het geboorteprocess al sprake [is] van een kind dat van het leven kan worden beroofd”.<sup>668</sup>

Een nog beter voorbeeld vormt de juridische afbakening van zwangerschap. In de WAZ wordt als het begin van de zwangerschap de innesteling van de vrucht in de baarmoederwand, ofwel het moment van de nidatie, aangewezen. Dat blijkt uit de bepaling dat onder afbreking van de zwangerschap niet kan worden begrepen “het toepassen van een middel ter voorkoming van de innesteling van een bevruchte eicel in de baarmoeder” (artikel 1 lid 2 WAZ). De vraag is of deze definitie ook in andere rechtsgebieden heeft te gelden. Geldt deze definitie van zwangerschap ook voor artikel 1:2 BW dat verwijst naar “het kind waarvan een vrouw zwanger is”? Leenen<sup>669</sup> en Broekhuijsen-Molenaar<sup>670</sup> beschouwen de nidatie als het beginpunt van de zwangerschap binnen alle rechtsgebieden, dus ook in het kader van artikel 1:2 BW. De Boer bestrijdt deze visie in het eerste deel van de Asser-serie,<sup>671</sup> evenals Van der Burg die reeds in 1994 spreekt van de onhoudbaarheid<sup>672</sup> en juridische irrelevantie<sup>673</sup> van de nidatie-grens. Van der Burg geeft toe dat Leenens interpretatie van de term *zwangerschap* in overeenstemming is “met de biologische werkelijkheid, en dus met de letterlijke betekenis van de tekst” van artikel 1:2 BW. Maar hij stelt daar tegenover dat “biologische feiten niet de juridische normen bepalen”,<sup>674</sup> en laat op overtuigende wijze zien dat de achterliggende norm van artikel 1:2 BW maakt dat het artikel ook voorafgaand aan de nidatie van toepassing is.<sup>675</sup> Kortom, bij gebrek aan overeenstemming over de

668 Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 138.

669 Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 135.

670 A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, “De juridische status van het pre-embryo in vitro”, in: E.H. Hondius, W.G. Huijgen, J. Hijma, T.J. Mellema-Kranenburg en J.H. Nieuwenhuis (red.), *Quod licet. Kleijn-bundel*, Deventer: Kluwer 1992, p. 34.

671 Asser/De Boer 2006, nr. 23.

672 W. van der Burg, “De juridische “status” van het embryo: een op drift geraakte fictie”, *TvG* 1994, nr. 7, p. 388.

673 Van der Burg 1994, p. 399.

674 Van der Burg 1994, p. 391.

675 Van der Burg geeft het volgende voorbeeld: Een diplomaat keert terug na maanden afwezigheid. Een week na zijn terugkomst overlijdt hij. Na afloop blijkt dat zijn vrouw in de week dat hij terug was zwanger is geraakt. Art. 1:2 BW lijkt voor dit soort situaties geschreven. Toch zou Leenens

juridische definitie van zwangerschap en geboorte, wekt het geen verbazing dat ook op fundamenteeler niveau de regelgeving met betrekking tot het embryo is getekend door fragmentatie.

Een laatste niveau van verbrokkeling betreft de diversiteit aan benaderingen van het embryo in de verschillende nationale rechtssystemen. Zo zijn volgens Brits recht omstreden vormen van voortplanting, zoals therapeutisch kloneren en de creatie van embryonale mens-dier-combinaties, toegestaan. Daartegenover bevinden zich landen waar ook het gebruik van overgebleven embryo's voor wetenschappelijke doeleinden uit den boze is. In Duitsland mogen zelfs niet meer dan drie embryo's tegelijkertijd tot stand worden gebracht ten behoeve van een koppel, en moeten deze embryo's alle worden geïmplant. <sup>676</sup> Daarmee tracht men te voorkomen dat er embryo's overblijven die uiteindelijk hetzij worden vernietigd, hetzij voor andere doeleinden dan een zwangerschap worden gebruikt. De meeste stelsels kunnen ergens tussen deze beide uitersten worden geplaatst. Ook de Nederlandse en Franse wetgeving op dit terrein is niet uitgesproken liberaal of behoudend te noemen. Donatie van overgebleven embryo's aan de wetenschap of wensouders is toegestaan, terwijl de doelbewuste creatie van embryo's voor deze doeleinden is verboden. De verdeeldheid die zich op deze manier binnen Europees verband aftekent, vormt een barrière voor de Europese rechter en wetgever om werkelijk invloed uit te oefenen op de ontwikkelingen, waarover meer in 4.3.

Hierboven is op drie niveaus verbrokkeling van de regulering met betrekking tot het embryo geconstateerd. In dit hoofdstuk wordt gepoogd om binnen deze verbrokkeling toch enige samenhang te vinden of aan te brengen. Allereerst wordt beschreven hoe het embryo ontsnapt aan bestaande juridische classificaties en categorieën. Het embryo is noch persoon (4.1.2), noch zaak (4.1.3). Hoe kan, gegeven het tekort van de traditionele juridische denkkaders, de status van het embryo dan wel worden gedeut? In de rechtsdogmatiek worden verschillende theorieën aangedragen om de achterliggende gedachten van de regelgeving ten aanzien van het embryo in kaart te brengen. Uitgelicht wordt de heersende leer, die uitgaat van een toenemende bescherming van het embryo naar gelang zijn ontwikkeling (4.1.4). Binnen deze benadering kan slechts een aantal aspecten van de bestaande wetgeving een plaats worden gegeven. De heersende leer is bijvoorbeeld niet in staat het verschil in status te verklaren tussen embryo's die zich in dezelfde ontwikkelingsfase bevinden. Dat verschil in status blijkt met name uit de Embryowet. Een nadere analyse van deze wet laat zien dat de leer van de progressieve rechtsbescherming als verklarende theorie tekort schiet. Het belangrijkste euvel is dat deze rechtsdogmatische benadering geen blijk geeft van

---

lezing van het artikel ertoe dwingen dat het kind niet kan erven van zijn overleden vader (Van der Burg 1994, p. 388).

676 Zie §1 (1) sub 4 en 5 Embryonenschutzgesetz.

de mate waarin de intenties van de ouders van grote invloed zijn op de juridische status van het embryo.

In het Franse recht en de Franse rechtsdogmatiek is een theoretisch kader ontwikkeld waarbinnen de leer van de progressieve rechtsbescherming betekenis krijgt in onderlinge samenhang met de invloed van de intenties van de ouders op de status van het embryo. Dit theoretische kader, dat de socialisering en symbolisering van het embryo tot uitgangspunt neemt, is eveneens beter in staat de Nederlandse regelgeving omtrent het embryo te duiden.

#### 4.1.2 *Het embryo is geen persoon*

Met zijn geboorte in de wereld wordt een ieder ook als persoon in het recht geboren. Dat de geboorte het begin van de juridische persoonlijkheid betekent, kan tot op zekere hoogte reeds worden afgeleid uit het gegeven dat abortus is toegestaan. Abortus is volgens Nederlands recht geen moord, en het embryo heeft dan ook geen absoluut recht op leven. Maar ook nadat het embryo omstreeks 24 weken de levensvatbaarheidsgrens heeft gepasseerd, en abortus niet meer is toegestaan (artikel 82a Sr), wordt het embryo nog altijd niet als persoon in juridische zin aangemerkt: het embryo heeft ook dan geen rechtssubjectiviteit (4.1.2.1).

In andere opzichten is het embryo evenmin een juridische persoon te noemen: het embryo wordt in het recht, afgezien van het feit dat het geen rechtssubject is, niet op dezelfde manier beschermd als menselijke personen. De nieuwe biomedische technieken hebben aanleiding gegeven tot de vorming van een nieuwe categorie in het recht, *menselijk leven*, met een eigen beschermingsregime. Het embryo is geen menselijke persoon, maar uitsluitend menselijk leven, en komt als zodanig minder respect en bescherming toe dan de menselijke persoon (4.1.2.2).

##### 4.1.2.1 *Het embryo is geen rechtssubject*

Hoewel er voorafgaand aan de geboorte sprake is van een onafgebroken ontwikkeling van het embryo en het daarbinnen moeilijk is grenzen aan te brengen, staat het buiten twijfel dat het embryo rechtssubjectiviteit ontbeert. Pas vanaf de geboorte kan van een rechtssubject, in de zin van een drager van rechten en plichten, worden gesproken. In het BW wordt dat nergens in die woorden gesteld. Indirect blijkt het wel uit strekking van artikel 1:2 BW: *“Het kind waarvan een vrouw zwanger is wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan.”* Welk ander voordeel kan men aan de fictie van reeds geboren zijn ontleen dan de voordelen van de juridische persoonlijkheid? In de rechtsdogmatiek wordt de geboorte dan ook algemeen beschouwd als startpunt van rechtssubjectiviteit.<sup>677</sup>

<sup>677</sup> Zie onder meer Asser/De Boer 2007, nr. 21; Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 137; P. Vlaardingbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie en J.A.E. van Raak-Kuiper,



Toch bestaat er enige verwarring over de strekking van de nasciturus-fictie van artikel 1:2 BW. Als de ongeborene voor een persoon wordt gehouden zo dikwijls zijn belang dit vordert, moet de conclusie dan niet luiden dat het embryo in die gevallen reeds voor de geboorte rechtssubjectiviteit toekomt? Deze vraag wordt veelal ontkennend beantwoord. Nadere lezing van het artikel leert dat het hier niet gaat om de vervroegde attributie van juridische persoonlijkheid. Zoals in Asser-De Boer wordt gesteld: “Dit is niet een uitbreiding van het begrip persoonlijkheid tot de ongeboren vrucht, maar een fictie met betrekking tot het tijdstip der geboorte.”<sup>678</sup> In de tweede zin uit artikel 1:2 BW ligt besloten dat de fictie uitsluitend is bedoeld ten gunste van de persoon die uit de zwangerschap zal voortkomen, en niet van het embryo zelf. Immers, als het kind dood wordt geboren, dan vervalt de grond voor toepassing van de fictie. Daarmee is de structuur van artikel 1:2 BW “restrospectief”.<sup>679</sup>

De werking van deze juridische fictie sluit aan bij de manier waarop men veelal de persoonlijkheid van een kind, met terugwerkende kracht, ook op de periode voorafgaand aan de geboorte projecteert. Eenmaal geboren, verkrijgt het kind in meerdere opzichten een unieke, onverwisselbare persoonlijkheid: via een naam, een plaats in het gezin, in interactie met anderen, etc. De verkregen identiteit heeft in de beleving van velen ook terugwerkende kracht. Men spreekt over het kind alsof het reeds zijn identiteit had in de periode dat het eigenlijk nog geen persoon was, maar slechts een onbekende zonder identiteit, een verwisselbaar wezen tussen subject en object in. De moeder was volgens die gedachtegang destijds al zwanger van de persoon in kwestie, al hoewel er toen van persoonlijkheid nog geen sprake was. Terugkijkend verkrijgt het embryo dan alsnog een bijzondere positie. De nasciturus-fictie bewerkstelligt dat deze gedachtegang, deze retroactiviteit van de persoon, ook in het recht tot uiting komt. De fictie is immers alleen geldig wanneer het kind levend ter wereld komt, en dus tot een werkelijke persoon kan uitgroeien. Zoals Van der Burg terecht stelt, wordt via de fictie “niet het huidige embryo [...] beschermd, maar een in de toekomst levende persoon wanneer die [...] voortkomt uit een reeds aanwezige zwangerschap.”<sup>680</sup> Met andere woorden, aan de fictie van artikel 1:2 BW kan het embryo geen rechten ontleen. Deze fictie breidt slechts de werking van de rechten van reeds geboren personen uit, en verleent het embryo geen rechtssubjectiviteit.

Wegens de afwezigheid van persoonlijkheid heeft de ongeborene geen subjectieve rechten. Het embryo wordt wel een bepaalde mate van bescherming

---

*Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 21; Pitlo-Van der Burght-Doek, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, deel 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 4; R.J.B. Bergamin, *De persoon in het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000, p. 23.

678 Asser/De Boer 2007, nr. 22.

679 J.H. Nieuwenhuis, “Personen en hun rechten” in: J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 1997, p. 59.

680 Van der Burg 1994, p. 390.

gegrond door het objectieve recht. De afwezigheid van rechtssubjectiviteit sluit de beschermwaardigheid van ongeboren leven niet uit. Echter, ook op het front van de objectiefrechtelijke beschermwaardigheid legt de ongeboren vrucht het af tegen de (geboren) persoon: het embryo is slechts menselijk leven en komt juridisch gezien niet hetzelfde respect toe als de menselijke persoon.

#### 4.1.2.2 *Het embryo is geen menselijke persoon, maar menselijk leven*

Bij de regulering van handelingen met embryo's wordt dikwijls gerefereerd aan de menselijke waardigheid als belangrijke onderliggende waarde. Zo noemt de Memorie van Toelichting bij de Embryowet op meerdere plaatsen dit beginsel,<sup>681</sup> en wordt er in de totstandkomingsgeschiedenis van het Biogeneeskunde-verdrag gesteld dat de menselijke waardigheid vanaf het ontstaan van menselijk leven moet worden gerespecteerd.<sup>682</sup>

Aangezien de handelingen met het embryo eveneens kunnen doorwerken na de geboorte, is het niet vreemd dat in deze regelgeving de menselijke waardigheid als richtlijn wordt gebruikt. Aan het verbod op het creëren van genetisch identieke individuen,<sup>683</sup> op genetische selectie van embryo's in vitro (PGD) met als doel een geschikte donor te vinden voor een ziek broertje of zusje,<sup>684</sup> op sekseselectie<sup>685</sup> en op kiembaangetherapie,<sup>686</sup> ligt ontegenzeggelijk vooral de gedachte van menselijke waardigheid ten grondslag. Maar wat betekent menselijke waardigheid in deze context? Wanneer we de ratio van deze verbodsbepalingen in ogenschouw nemen, blijkt dat het verbod op deze technieken niet zozeer is gelegen in het respect voor ongeboren menselijk leven, maar in het respect voor de personen die via deze technieken tot stand kunnen worden gebracht. Men vreest dat mensen via deze technieken tot een product, een afgeleide van reeds bestaande mensen of een middel tot behoeftebevrediging worden gemaakt. Zoals reeds in de inleiding bij dit hoofdstuk werd gesteld, wordt de ratio van deze bepalingen om die reden niet in het kader van de status van het embryo, maar pas in hoofdstuk 8 bekeken.

Omgekeerd kan men aan de hand van het beginsel van respect voor menselijke personen andere verbodsbepalingen ten aanzien van handelingen met

681 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 423, nr. 3, p. 5 (MvT).

682 "The Convention also uses the expression 'human being' to state the necessity to protect the dignity and identity of all human beings. It was acknowledged that it was a generally accepted principle that human dignity and the identity of the human being had to be respected as soon as life began" (*Explanatory Report to the convention of human rights and biomedicine*, DIR/JUR (97)5, sub 19).

683 Art. 24 sub f Embryowet.

684 Dit *de facto* verbod blijkt uit bijlage 2 bij de *Regeling preimplantatie genetische diagnostiek* 2009, dat een uitvoerende ministeriële regeling is op basis van de *Wet op bijzondere medische verrichtingen* (zie art. 2 WBMV io. art. 1 Regeling). PGD mag slechts worden verricht indien er een vergunning voor is afgegeven. Uit de bijlage blijkt dat er geen vergunning zal worden verstrekt voor deze vorm van PGD.

685 Art. 26 Embryowet.

686 Art. 24 sub g Embryowet.

embryo's niet verklaren. Zo kan het tijdelijk verbod op het creëren van embryo's voor andere doeleinden dan een zwangerschap<sup>687</sup> niet daarop worden gebaseerd. Volgens deze bepaling is onder meer het kweken van embryo's voor wetenschappelijke doeleinden, met inbegrip van het creëren van klonen voor onderzoek, uit den boze. De ratio achter deze verbodsbepaling luidt dat ongeboren menselijk leven via deze handelingen te vergaand wordt geïnstrumentaliseerd. Deze instrumentalisering heeft echter geen directe gevolgen voor het nageslacht, aangezien de embryo's na het wetenschappelijk gebruik moeten worden vernietigd: er geldt een ontwikkelingsgrens van veertien dagen voor embryo's in vitro.<sup>688</sup> Het verschil tussen reproductief en therapeutisch kloneren is bovendien juist gelegen in het feit dat therapeutisch kloneren niet zal resulteren in de geboorte van een individu. De achterliggende gedachte van dit verbod kan dus slechts respect voor ongeboren menselijk leven zijn, en heeft geen betrekking op het leven na de geboorte. Op dezelfde manier kan het verbod op het gebruik van gedoneerde embryo's of daaruit gekweekte stamcellen voor andere doeleinden dan in de wet zijn aangegeven,<sup>689</sup> zoals commerciële of cosmetische doeleinden,<sup>690</sup> niet worden afgeleid uit het respect voor personen, maar slechts uit de beschermwaardigheid van ongeboren leven.

Om de status te duiden van deze embryo's die nooit zullen uitgroeien tot menselijke personen, en die beperkt mogen worden gebruikt voor andere doeleinden dan een zwangerschap, heeft de Embryowet een nieuwe juridische categorie in het leven geroepen: de categorie van menselijk leven. In de bepalingen van de wet wordt nergens expliciet gerefereerd aan deze categorie, maar uit zowel de considerans<sup>691</sup> als de Memorie van Toelichting bij de Embryowet blijkt dat "het respect voor menselijk leven" het leidende beginsel is geweest bij de formulering van wettelijke voorwaarden aan handelingen met embryo's.

Voor een juiste analyse is het van belang een duidelijk onderscheid te maken tussen dit respect voor ongeboren leven en het respect voor de menselijke persoon. Deze twee vormen van respect betreffen strikt genomen verschillende stadia in

687 Art. 24 sub a io. 33 lid 2 Embryowet.

688 Art. 24 sub e Embryowet.

689 Art. 24 sub c en sub h Embryowet.

690 Naar verluid is in het buitenland, met name Rusland, inmiddels een lucratieve, illegale handel in stamcellen en geaborteerde embryo's ontstaan. Geleverd wordt onder meer aan schoonheidsklinieken wegens de cosmetische toepassingen van embryo's in bijvoorbeeld verjongingskuren (zie bijv. T. Parfitt, "Beauty salons fuel trade in aborted babies", *The Observer* 17 april 2005, <[www.guardian.co.uk/world/2005/apr/17/ukraine.russia](http://www.guardian.co.uk/world/2005/apr/17/ukraine.russia)>; en D. Grammaticas, "Stem cell promise lures patients", *BBC News* 11 januari 2006, <[www.news.bbc.co.uk/2/hi/health/4603574.stm](http://www.news.bbc.co.uk/2/hi/health/4603574.stm)>).

691 Daarin wordt gesteld "dat het uit een oogpunt van respect voor menselijk leven wenselijk is bepaalde handelingen met menselijke geslachtscellen en embryo's te verbieden, te regelen onder welke voorwaarden andere handelingen met menselijke geslachtscellen en embryo's ter verbetering van de medische zorg toelaatbaar zijn en regelen te stellen net betrekking tot de zwangerschap over geslachtscellen en embryo's."

het menselijk leven met eigen juridische garanties. Hoewel de gedachtevorming over de menselijke waardigheid van invloed is op de invulling die wordt gegeven aan het respect voor menselijk leven, zoals in de wettelijke grenzen aan het instrumentele gebruik van overgebleven embryo's,<sup>692</sup> komt aan ongeboren menselijk leven niet dezelfde waardigheid toe als aan menselijke personen. Het resultaat is dat er, naast het onderscheid tussen menselijke waardigheid in haar collectieve en individuele dimensie, ook een onderscheid moet worden gemaakt tussen de waardigheid van de menselijke persoon, waaronder slechts geboren individuen kunnen worden begrepen, en de waardigheid van menselijk leven, waartoe menselijke personen en ongeboren leven worden gerekend.<sup>693</sup> In het hierna volgende zal onder de menselijke waardigheid uitsluitend het respect voor menselijk leven na de geboorte worden verstaan, ofwel de waardigheid van de menselijke persoon. Aan de beschermwaardigheid van menselijk leven zal ik daarentegen, net als in de Embryowet, refereren met de term "respect voor menselijk leven".

In de volgende paragraaf ga ik nader in op de betekenis en consequenties van het respect voor menselijk leven. Thans wordt volstaan met de constatering dat het beginsel van respect voor menselijk leven aanzienlijk minder bescherming biedt dan dat van de waardigheid van de menselijke persoon. Zo is het op grond van de bestaande wetgeving onder meer verenigbaar met het respect voor menselijk leven om embryo's te vernietigen, te aborteren, te verbruiken om stamcellen te kweken, ter beschikking te stellen aan wensouders en te onderwerpen aan wetenschappelijk onderzoek waarvoor het embryo uiteraard geen toestemming heeft kunnen geven. Met andere woorden, het respect voor menselijk leven is in vergelijking met het respect voor de menselijke persoon beperkt. We zullen in de volgende paragraaf zien dat het slechts een aantal basale garanties biedt aan het embryo. Voor aanvullende bescherming is het embryo afhankelijk van externe factoren, zoals de intenties van de betrokkenen en de fase van de zwangerschap. Deze variabele bescherming gaat overigens niet zo ver dat de beschermwaardig-

692 We zien hier de invloed van het kantiaanse begrip van menselijke waardigheid (zie 3.2.4). Uiteraard heeft Kant nooit de status van embryo's in zijn beschouwingen betrokken. De toepassing van zijn gedachtegoed op het gebruik van embryo's berust op een *extensieve* uitleg van de categorische imperatief, waarbij menselijke wezens, en niet slechts personen, niet louter als middel zouden mogen worden gebruikt. Het voorlopig verbod op de creatie van embryo's voor wetenschappelijk onderzoek, zoals therapeutisch kloneren, kunnen in het licht van een dergelijke extensieve interpretatie worden begrepen.

693 Habermas wijst eveneens op het onderscheid tussen deze twee waardigheden. Dat ook in deze context wordt verwezen naar het begrip waardigheid, wijt hij aan de moeilijkheid het respect voor leven in dit stadium tot uitdrukking te brengen: "Der Charakter schwer zu definierender Hemmschwellen im Umgang mit dem Menschlichen Leben vor der Geburt und nach dem Tod erklärt die Wahl semantisch *dehnbarer* Ausdrücke. Menschliches Leben genießt auch in seinem anonymen Formen 'Würde' und gebietet 'Ehrfurcht'. Der Ausdruck 'Würde' bietet sich an, weil er ein breites semantisches Spektrum abdeckt und den spezifischeren Begriff der 'Menschenwürde' nur anklingen lässt" (J. Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt: Suhrkamp 2005, p. 68-69).

heid van het embryo gelijk is aan die van menselijke personen. Zelfs het levensvatbare embryo wordt niet hetzelfde beschermd als een menselijke persoon. Het embryo wordt in deze laatste periode tegen beroving van het leven beschermd (artikel 82a Sr), maar niet tegen andere delicten, zoals mishandeling of dood door schuld, “hoe kwaadaardig ook.”<sup>694</sup>

De legitimiteit van het onderscheid tussen het respect voor ongeboren leven en het respect voor de menselijke persoon wordt onderstreept door het gegeven dat weinigen zullen betwisten dat een ieder wordt *geboren* met mensenrechten, terwijl algemeen wordt betwijfeld of het embryo als het subject van mensenrechten moet worden beschouwd. Met name van belang in deze context is de vraag of de ongeboren vrucht een recht op leven heeft, en of abortus in strijd is met dat recht. In Nederland is de vraag naar de prenatale werking van artikel 2 EVRM al eens voorgelegd aan de Hoge Raad.<sup>695</sup> Eiser in het geding, juristenvereniging Pro Vita, stelde onder meer dat de in de WAZ neergelegde regeling omtrent abortus in strijd zou zijn met artikel 2 EVRM. De Hoge Raad oordeelde dat artikel 2 EVRM in ieder geval niet zover gaat “dat zij de bij het Verdrag aangesloten staten zou beletten een wettelijke regeling tot stand te brengen, die onder bepaalde voorwaarden afbreking van zwangerschap toelaat”.<sup>696</sup> De beschermwaardigheid van het embryo kan dus niet worden geduid in termen van een absoluut recht op leven. Daarmee sluit de Hoge Raad zich aan bij eerdere en latere EVRM-rechtspraak (zie 4-3).

Onduidelijk blijft wel wat de mensenrechtelijke positie is van het embryo dat in staat is buiten het moederlichaam in leven te blijven. Abortus is volgens Nederlands recht in dit laatste stadium van de zwangerschap niet toegestaan. Maar heeft het levensvatbare embryo daarmee een recht op leven? Op basis van de strafrechtelijke gelijkheid voor de wet tussen de levensvatbare foetus en het pasgeboren kind vindt Nieuwenhuis het voor de hand liggen om het recht op leven ook aan het embryo in dit stadium toe te kennen.<sup>697</sup> Zowel in Europees als Nederlands verband is evenwel nog geen uitsluitsel over het recht op leven van de levensvatbare foetus gegeven. Het enige waarover overeenstemming bestaat is dat late zwangerschapsafbreking strafbaar is en alleen een rechtvaardigingsgrond (artikel 40 Sr) zoals noodtoestand<sup>698</sup> daaraan in de weg kan staan.

694 J. Rummelink, “Artikel 82a Sr”, in: A.A. Franken en A.M. van Woensel (red.), *Een rariteitenkabinet*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1993, p. 76 (aangehaald in: Th.A.M. te Braake, “Status en bescherming van de menselijke vrucht: heerst de leer van Leenen terecht?”, *TvG* speciaal nummer/2001, p. 10).

695 HR 16 juni 1995, *NJ* 1997, 131, m.nt. EAA.

696 *Idem*, r.o. 3.4.

697 Nieuwenhuis 1997, p. 58.

698 De vraag is onder welke omstandigheden er sprake is van een noodtoestand. Op grond van de wetsgeschiedenis van de WAZ staat alleen vast dat de arts een schulduitsluitingsgrond toekomt wanneer er gevaar voor het leven van de vrouw bestaat (zie hierover Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 159-161; Th.A.M. te Braake, “Zorgvuldigheid bij en toetsing van late zwangerschapsaf-

Wegens het boven beschreven principiële onderscheid tussen de menselijke waardigheid en het respect voor menselijk leven is het onjuist om de juridische status die het embryo los van de intenties van zijn ouders heeft aan te duiden als een vorm van *rechtssubjectieve reflexwerking*. Dat wordt duidelijk als we de vermeende rechtssubjectieve reflexwerking bekijken in het geval van het pre-embryo dat wordt gebruikt voor wetenschappelijk onderzoek. Broekhuijsen-Molenaar berekeneert de status van het pre-embryo als volgt:

“Verdedigbaar is dat aan het pre-embryo dat weliswaar geen persoon is, toch een bepaald respect toekomt omdat het de potentie in zich heeft om tot rechtssubject uit te groeien. Een afspiegeling van het respect dat aan rechtssubjecten wordt gegeven vinden we terug bij het pre-embryo. Ik zou het respect voor het pre-embryo willen aanduiden met de term ‘rechtssubjectieve reflexwerking’.”<sup>699</sup>

De rechtssubjectieve reflexwerking blijkt volgens Broekhuijsen-Molenaar vooral uit de juridische voorwaarden die worden gesteld aan het wetenschappelijke onderzoek waarvoor deze embryo's worden gebruikt. Dat wetenschappelijke onderzoek moet aan bepaalde voorwaarden voldoen, die echter niets te maken hebben met het welzijn van het embryo. In de voorwaarden wordt slechts bepaald voor welke medisch-wetenschappelijke doelstellingen embryo's verbruikt mogen worden. Is dat niet, in de woorden van Nieuwenhuis, “een wat mager respect jegens het preëmbryo als potentieel rechtssubject om zo, zonder zijn instemming, ter beschikking te worden gesteld van de wetenschap”<sup>700</sup> en vervolgens te worden vernietigd? De term “rechtssubjectieve reflexwerking” lijkt uitsluitend op zijn plaats waar het gaat om het duiden van de fictie van artikel 1:2 BW. Alleen in dat geval strekt de rechtssubjectiviteit van de menselijke persoon zich retroactief uit over de periode voorafgaand aan de geboorte.

De conclusie moet luiden dat het respect voor menselijk leven op zichzelf staat, en niet uit de status van de menselijke persoon kan worden afgeleid. De menselijke waardigheid is slechts van toepassing op handelingen met embryo's die gevolgen hebben voor de personen die uit deze embryo's zullen voortkomen. Het embryo zelf is geen persoon, en wordt juridisch gekenmerkt door de afwezigheid van een zelfverhouding. Dat blijkt uit het feit dat het embryo geen rechtssubject is. Het

---

breking. Over het rapport van de Overleggroep late zwangerschapsafbreking”, *TvG* 1998, p. 470-484; en Th.A.M. te Braake, “Juridische mogelijkheden en grenzen van late zwangerschapsafbreking”, *TvG* 1992, p. 455-466). In 2006 is een speciale deskundigencommissie, de *Centrale deskundigencommissie late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen*, in het leven geroepen om onder meer gevallen van late zwangerschapsafbreking te beoordelen (zie <[www.lzalp.nl](http://www.lzalp.nl)>). De eindbeslissing om al dan niet tot vervolging over te gaan blijft echter aan het Openbaar Ministerie (Zie 4 van de Aanwijzing vervolgingsbeslissing levensbeëindiging niet op verzoek en late zwangerschapsafbreking van 11 september 2006, *Start*. 2007, 46).

699 Broekhuijsen-Molenaar 1992, p. 37.

700 Nieuwenhuis 1997, p. 55.

heeft geen eigen rechten of plichten, maar wordt beschermd door het objectieve recht.

Anders gezegd, het embryo heeft geen lichaam, maar is een lichaam. Maar in zijn lichamelijkheid is het nog altijd menselijk: het behoort tot de menselijke soort. Zoals de biologische grenzen van nidatie en levensvatbaarheid door het recht tot normatieve grenzen worden verheven, zo wordt ook het biologische feit dat het embryo tot de menselijke soort behoort van voldoende betekenis en gewicht geacht om een zekere, weliswaar minimale, bescherming aan het embryo te geven.<sup>701</sup> Het embryo behoort daardoor niet alleen in biologisch opzicht, maar ook in symbolisch en juridisch opzicht tot de menselijke soort, hetgeen wordt uitgedrukt via het beginsel van respect voor menselijk leven. Op basis van deze minimale, intrinsieke waarde van ongeboren leven is de beschikkingsvrijheid met betrekking tot het embryo beperkt. Ofwel, net zo min als het een persoon is, is het embryo een zaak waarover de ouders of anderen volledige beschikkingsmacht of eigendomsrechten zouden hebben. In de volgende paragraaf wordt deze stelling nader onderbouwd.

#### 4.1.3 *Het embryo is geen zaak*

Hoewel het embryo, met name wanneer het in vitro wordt geconcipieerd, als gevolg van biomedische technieken feitelijk is gaan behoren tot “de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten” (artikel 3:2 BW), maakt de rechtsdogmatiek halt voor een ongeclausuleerde kwalificatie van het embryo als zaak. Net als bij de kwalificatie van het lichaam en lichaamsmateriaal,<sup>702</sup> wordt over het embryo weliswaar beschikt, maar niet als een object van vermogensrecht. De beschikking over het embryo betreft “geen goederenrechtelijke heerschappij over een zaak, maar een niet-vermogensrechtelijke zeggenschap, een beslissingsbevoegdheid”.<sup>703</sup> In deel 3-I van de Asser-serie wordt het embryo dan ook uit “eerbied voor de geestelijke waarde van de mens” buiten het privaatrechtelijke zaaksbegrip geplaatst.<sup>704</sup>

Deze redenering wordt meestal ook toegepast op het embryo in vitro, ofschoon dit embryo zich wegens zijn extracorporele staat goed zou lenen voor zaakskwalificatie. Bestond er voorheen nog onduidelijkheid over de status van dit embryo, en werd ook wel beweerd dat het juridisch gezien “vogelvrij” was,<sup>705</sup> sinds de Embryowet staat vast dat ook met dit embryo niet alles mag worden gedaan. In de gezondheidsrechtelijke dogmatiek wordt een tussenpositie ingenomen. Zo stelt Leenen

701 Over de verhouding van het recht tot deze biologische grenzen volgen nadere beschouwingen in hoofdstuk 7.

702 Zie 2.4.2.

703 J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden), Leiden: Kluwer 2003, p. 219.

704 Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam/Ploeger 2006, nr. 58 en 59.

705 Van der Burg 1994, p. 395 e.v.



ten aanzien van het embryo in vitro dat het “geen voorwerp van eigendom maar een zaak ‘sui generis’” is.<sup>706</sup> Met andere woorden, het embryo in vitro is een zaak, maar dan wel een zaak waar geen eigendomsrecht op kan rusten. Broekhuijsen-Molenaar gaat nog een stap verder, en ziet evenmin bezwaren tegen de erkenning van een eigendomsrecht op het embryo, mits er enige beperkingen gelden voor de uitoefening van dit recht.<sup>707</sup> In weerwil van de diverse formuleringen staat daarmee in ieder geval vast dat het embryo een uitzonderlijke positie in het recht heeft, en niet zonder voorbehoud gelijk kan worden gesteld aan een zaak.

De kwalificatie van het embryo is geen louter academische aangelegenheid, maar vormt een vraagstuk waarover men zich in de toekomst ook in de rechtspraktijk steeds vaker zal moeten buigen. Ofschoon het embryo juridisch niet gelijk wordt gesteld aan een zaak, laat de wet wel degelijk ruimte om tot op zekere hoogte over het embryo te beschikken. Aspecten van deze feitelijke beschikking vragen om regulering.

Een goed voorbeeld zijn de complicaties die zich bij de opslag van embryo's kunnen voordoen, zoals vroegtijdige ontdooiing, of verwisseling van de embryo's. Dient men in dergelijke gevallen schadevergoeding toe te wijzen, en zo ja, hoe bepaalt men dan de hoogte van het bedrag? Sinds 1997 kan, zoals alom bekend is, naar Nederlands recht de geboorte grond zijn voor toewijzing van een schadevergoeding via de zogenaamde *wrongful birth* actie.<sup>708</sup> Aan het leven van het geboren kind komt op die manier een prijskaartje te hangen. Maar wat is de waarde van het leven van een ongeborn kind of van ingevroren menselijk leven? De Embryowet stelt voorop dat embryonaal materiaal slechts *om niet* beschikbaar mag worden gesteld ten behoeve van de zwangerschap van anderen of voor wetenschappelijke of geneeskundige doeleinden.<sup>709</sup> Dat laat echter de vraag onverlet of er van schade sprake is als embryonaal materiaal dat reeds verkregen is, door een fout van derden verloren gaat. Zo ja, wat is dan de aard van die schade?

Een voorbeeld uit de Franse rechtspraak kan de problematiek illustreren. Aan de rechter te Amiens werd de vraag voorgelegd of een echtpaar dat bezig was met een IVF-bevruchting vermogensschade kon claimen wegens de niet-opzettelijke vernietiging door het ziekenhuis van een aantal ingevroren rest-embryo's.<sup>710</sup> De rechter oordeelde dat er geen sprake kon zijn van materiële schade omdat lichaamsmateriaal volgens artikel 16 van de Code Civil geen voorwerp van op geld waardeerbare rechten kan vormen. Ook kon geen immateriële schadevergoeding worden toegewezen wegens het verlies van dierbaren. De embryo's waren immers

706 Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 135.

707 Broekhuijsen-Molenaar 1992, p. 36-37.

708 HR 21 februari 1997 (*Wrongful birth*, NJ 1999, 145, m.nt. CJHB). Meer hierover in het volgende hoofdstuk.

709 Zie art. 8 lid 2 Embryowet.

710 Tribunal administratif d'Amiens, 9 maart 2004 (“La valeur de l'embryon congelé”, *Recueil Dalloz* 2004, J. p. 1051-1055, m.nt. X. Labbée).



nog geen personen, stelde de rechter. Toch luidde het rechterlijk eindoordeel paradoxaal genoeg dat het echtpaar wel een bepaalde vorm van materiële schade had geleden, hoewel embryo's niet het object van op geld waardeerbare rechten mogen vormen. Labbée concludeert in zijn noot bij de uitspraak dat het ingevroren embryo in de constructie van de rechter blijkbaar een materiaal of ding is, gezien het feit dat het materiële schade oplevert, maar dan wel een zaak zonder economische waarde, zoals geëist wordt door artikel 16 van de Code Civil.<sup>711</sup> Een dergelijke exotische constructie getuigt van het ongrijpbare karakter van het embryo.

Ook onder de Embryowet blijft de precieze kwalificatie van met name het embryo in vitro onduidelijk. Zo moest minister Borst van volksgezondheid zich tijdens de behandeling van de Embryowet buigen over de juridische aard van het embryo. Zij werd door een aantal leden van de Tweede Kamer geconfronteerd met de vraag of de toelaatbaarheid van medisch-wetenschappelijk onderzoek met behulp van embryo's niet tot een reductie van die embryo's tot rechtsobject zou leiden.

Vooralsnog is het tot stand brengen van embryo's speciaal voor onderzoeksdoeleinden verboden, maar dat verbod kan in de toekomst bij koninklijk besluit worden ingetrokken.<sup>712</sup> Voor het geval daartoe wordt besloten, zijn er reeds in de huidige Embryowet bepalingen opgenomen omtrent de zeggenschap over dit type embryo.<sup>713</sup> Ten aanzien van deze speciaal voor onderzoek gecreëerde embryo's kan men zich afvragen of zij in feite niet als rechtsobject fungeren.

Volgens Borst staat het inderdaad al vanaf de conceptie vast dat deze embryo's niet bestemd zijn om geboren te worden als mens, maar slechts om te dienen als wetenschappelijk onderzoeksmateriaal. "Daardoor is het voor wetenschappelijk onderzoek tot stand gebracht embryo echter niet tot een zaak, tot een rechtsobject geworden", stelde Borst.<sup>714</sup> Zij liet daarbij helaas in het midden wat deze embryo's nog onderscheidt van gebruiksvoorwerpen. Niet alleen worden zij feitelijk gebruikt voor wetenschappelijke doeleinden, maar staat zowel hun ontstaan als bestaan geheel in het teken van utilitaire afwegingen. Deze embryo's zijn in het leven geroepen om als onderzoeksmateriaal te dienen, en vervolgens, als zij de ontwikkelingsgrens van veertien dagen hebben weten te bereiken, te worden vernietigd.

Borsts antwoord kan tweeslachtig worden genoemd. Toch redeneerde zij geheel in overeenstemming met de geest van de Embryowet. Zoals uiteen is gezet, vormt de rode draad van de Embryowet het beginsel van respect voor menselijk leven. Dat respect is echter niet absoluut en laat ruimte voor afweging tegen andere

711 *Idem*, p. 1054.

712 Art. 24 sub a io. art. 33 lid 2 Embryowet.

713 Art. 11 Embryowet.

714 *Handelingen II* 2001/02, p. 382.

belangen, zoals die van zieken, de wetenschap en onvruchtbare paren. Op die gronden kan instrumenteel gebruik van het embryo volgens de toelichting van de regering bij de Embryowet worden gelegitimeerd: “Wij zijn van mening dat rekening houden met deze waarden een inbreuk op het beginsel van respect voor menselijk leven kan rechtvaardigen, hetgeen niet wil zeggen dat wij daarvoor dan geen respect zouden hebben.”<sup>715</sup> Dat roept de vraag op waaruit het respect voor menselijk leven in dergelijke gevallen nog blijkt. Welk aspect van het wet-  
telijk gebruik van rest-embryo's voor wetenschappelijke doeleinden getuigt van de beschermwaardigheid van ongeboren menselijk leven? Hebben deze embryo's überhaupt een status wanneer zij geen ander doel dienen dan de wetenschap? Het antwoord ligt vervat in het vervolg van de Memorie van Toelichting:

“Juist omdat wij groot gewicht toekennen aan respect voor menselijk leven stellen wij voorwaarden en grenzen aan het gebruik van geslachtscellen en embryo's en beperken we de doeleinden waarvoor geslachtscellen en embryo's mogen worden gebruikt.”<sup>716</sup>

En inderdaad, zelfs ten aanzien van de embryo's die uiteindelijk zullen worden vernietigd, namelijk het rest-embryo en het embryo dat tot stand is gekomen voor wetenschappelijke doeleinden, is het aantal toegestane handelingen beperkt, en zijn hun gebruik, verbruik en ontstaan aan verschillende voorwaarden verbonden. Zo zijn de algemeen geldende grenzen aan het gebruik van embryo's ook op deze typen embryo's van toepassing. Allereerst is te denken aan het verbod om embryo's voor andere doeleinden dan in de wet zijn beschreven te gebruiken. Zoals reeds werd gesteld, is om die reden bijvoorbeeld het gebruik van embryo's voor cosmetische of andere productie-doeleinden verboden.<sup>717</sup> Dit verbod is ook van toepassing op Van der Burgs fictieve geval van een onderzoeker die embryo's aan zijn hond voert.<sup>718</sup> Ten tweede is het ook voor deze embryo's niet toegestaan een vergoeding te vragen.<sup>719</sup>

Daarnaast is het speciaal tot stand brengen van embryo's voor wetenschappelijk onderzoek zoals gezegd vooralsnog verboden. Maar ook als dit verbod wordt opgeheven, mogen deze embryo's slechts voor specifieke vormen van medisch onderzoek worden gecreëerd en gebruikt.<sup>720</sup> Als subsidiariteitsvereiste geldt dat de creatie van deze embryo's strikt noodzakelijk moet zijn voor het slagen van het onderzoek, en de doelstellingen niet op andere wijze kunnen worden bereikt. Als zij eenmaal in het leven zijn geroepen, zijn bovendien de minder strenge vereisten die gelden voor onderzoek met rest-embryo's van toepassing. De belangrijkste

715 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 423, nr. 3, p. 5-6 (MvT).

716 *Idem*, p. 6.

717 Art. 24 sub b, c en h Embryowet.

718 W. van der Burg, “Symboolwerking van embryo-wetgeving”, *NJB* 1995, afl. 33, p. 1239-1240.

719 Art. 27 Embryowet.

720 Art. 9 lid 1 sub b io. art. 11 Embryowet.

voorwaarde voor onderzoek met deze embryo's waarmee geen zwangerschap tot stand wordt gebracht luidt dat het redelijkerwijs aannemelijk moet zijn "dat het onderzoek zal leiden tot de vaststelling van nieuwe inzichten op het terrein van de medische wetenschap". Ook hier geldt een subsidiariteitsvereiste.<sup>721</sup> De Centrale Commissie Mensgebonden Onderzoek (CCMO) waakt over het nakomen van deze vereisten: voor al het wetenschappelijk onderzoek dat met embryo's wordt verricht is het verplicht een onderzoeksprotocol op te stellen dat ter goedkeuring aan deze commissie wordt voorgelegd.<sup>722</sup> Behalve voor onderzoeksdoeleinden kunnen rest-embryo's worden afgestaan ter donatie aan wensouders en voor het in kweek brengen van stamcellen.<sup>723</sup> Dat geldt uiteraard niet voor embryo's waarmee een zwangerschap wordt beoogd.

De groep van embryo's die voorbestemd zijn om geboren te worden bestaat uit embryo's in vitro waarmee een zwangerschap wordt beoogd, en embryo's die zich reeds in het lichaam van de moeder bevinden, door de Embryowet *foetussen*<sup>724</sup> genoemd. Onderzoek met deze embryo's staat de Embryowet onder voorwaarden toe. De vereisten voor de inhoud en de doeleinden van het onderzoek zijn aanzienlijk strenger dan in het geval van embryo's waarmee geen zwangerschap is gepland.<sup>725</sup> Een cruciaal verschil is dat deze embryo's worden beschermd tegen "bezwaren en risico's". Deze embryo's mogen niet aan de wetenschap worden opgeofferd of aan gevaar worden blootgesteld, ongeacht de mogelijke voordelen die ermee gediend zijn. Zij zijn voorbestemd te blijven leven. De extra bescherming van deze embryo's vloeit uiteraard voort uit de bedoeling die de ouders met hun voortplantingsmateriaal hebben. Voor hen representeren de embryo's de mogelijke geboorte van een kind. Bovendien legt ook de gezondheid van de moeder veel gewicht in de schaal, aangezien de experimenten met het embryo eveneens gevolgen voor haar lichaam kunnen hebben. Om die reden geldt ten aanzien van het onderzoek met deze embryo's een proportionaliteitsvereiste: het belang van het onderzoek moet in een evenredige verhouding staan tot de bezwaren en risico's voor het toekomstige kind, de vrouw en de desbetreffende foetus.<sup>726</sup> Sterker nog, in het geval van foetussen is onderzoek alleen toelaatbaar als het onderzoek is bedoeld ter ondersteuning van de betreffende zwangerschap.<sup>727</sup>

721 Art. 10 sub a en sub b Embryowet.

722 Art. 3 Embryowet.

723 Art. 8 lid 1 sub b en c Embryowet.

724 In de Embryowet wordt binnen deze categorie geen onderscheid gemaakt tussen embryo's die zich wel of niet in de baarmoederwand hebben genesteld. Op die manier biedt de Embryowet, in tegenstelling tot de WAZ, geen aanleiding om de zwangerschap pas te laten beginnen bij innesteling.

725 Art. 16, 19 en 20 Embryowet.

726 Art. 16 sub c en art. 19 sub c Embryowet.

727 Wetenschappelijk onderzoek met een foetus is slechts toegestaan indien het kan bijdragen aan de diagnostiek, de voorkoming of de behandeling van ernstige aandoeningen bij de desbetreffende foetus en dat niet kan worden uitgesteld tot na de geboorte" (art. 20 Embryowet).

Daarmee vertonen de vereisten aan onderzoek met foetussen gelijkenis met de vereisten aan experimenten met mensen die in de *Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen* zijn neergelegd.

In deze wettelijke voorwaarden en grenzen aan wetenschappelijk onderzoek met embryo's komt het spanningsveld tussen de bescherming van menselijk leven en doelmatigheidsoverwegingen expliciet naar voren. De ruimte voor afweging tegen de belangen en wensen van anderen wordt geschapen door de kwalificatie van het embryo als menselijk leven. Op grond van de belangen die in het geding zijn, maakt de Embryowet een onderscheid tussen verschillende typen embryo's. Tezamen met reeds bestaande regelgeving, zoals de WAZ, ontstaat op die manier een hiërarchie van menselijk leven. Onder in de hiërarchie bevindt zich het rest-embryo, bovenaan de menselijke persoon. Daartussen treft men in oplopende volgorde: het embryo dat uitsluitend voor de wetenschap in het leven is geroepen,<sup>728</sup> het embryo in vitro dat bestemd is voor een zwangerschap, de niet-levensvatbare foetus, en de levensvatbare foetus. Voor elk van deze types geldt een eigen combinatie van wettelijke regels en garanties, die ik hierboven in hoofdlijnen heb weergegeven.<sup>729</sup>

Hoewel de kwalificatie van het embryo als menselijk leven ruimte laat voor afweging tegen andere belangen, staat het embryo juridisch gezien nog altijd niet gelijk aan een zaak. Er is weliswaar sprake van een biomedische objectivering van het embryo. Maar aangezien de beschikking over het embryo aan een aantal juridische grenzen en voorwaarden is gebonden, gaat het te ver om het embryo als een zaak in juridische zin te beschouwen.

In deze paragraaf hebben we gezien dat zelfs aan het embryo dat puur voor onderzoeksdoeleinden wordt gecreëerd en gebruikt een bepaalde mate van bescherming toekomt, en dat dit embryo niet gelijk staat aan een willekeurige zaak in privaatrechtelijke zin. Deze minimum-bescherming, die bestaat in het stellen van bepaalde voorwaarden en grenzen aan het gebruik van menselijk leven, geldt voor alle vormen van menselijk leven. In deze beperkte zin komt aan het embryo inderdaad een eigen waarde toe, die onafhankelijk is van de bedoelingen die anderen met het embryo hebben. Het embryo is weliswaar geen persoon, maar wat het met de persoon deelt is dat zij beide tot de menselijke soort behoren. Op basis van deze basale verbondenheid wordt het embryo een bijzondere positie in het recht toegekend.

728 In vergelijking met het rest-embryo komt aan het speciaal voor wetenschappelijke doeleinden gecreëerde embryo meer bescherming toe in de vorm van de extra vereisten van art. 11 Embryowet.

729 Voor een uitgebreidere beschrijving van de Embryowet, zie Th.A.M. te Braake, "Het voorstel van Wet inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's (Embryowet)", in: S.C.J.J. Kortmann en B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Kluwer: Deventer 2004, p. 169-186; en I. Jansen, "De Embryowet", AA 2002, p. 921-928.

Worden het rest-embryo en het embryo dat voor wetenschappelijke doeleinden wordt gecreëerd slechts op basis van het respect voor menselijk leven beschermd, aan de andere soorten embryo's komt een extra bescherming toe, die varieert per soort. Daardoor is de wettelijke begrenzing van het gebruik van embryo's gedifferentieerd. Hoe kan deze variatie tussen de verschillende juridische regimes worden verklaard? In het Nederlandse gezondheidsrecht is de leer van de progressieve rechtsbescherming ontwikkeld om de bestaande wetgeving ten aanzien van het embryo van een theoretische basis te voorzien. In de volgende paragraaf wordt die leer uiteengezet, en zal worden betoogd dat deze leer door de totstandkoming van de Embryowet definitief achterhaald is.

#### 4.1.4 Kritiek op de leer van de progressieve rechtsbescherming

In de leer van de progressieve rechtsbescherming, zoals ontwikkeld door Leenen, wordt uitgegaan van een groeiende beschermwaardigheid van het embryo naar gelang zijn ontwikkeling. "De achterliggende gedachte is dat het ongeboren menselijk leven meer bescherming verdient naarmate het zich ontwikkelt."<sup>730</sup> Hoe dichter het embryo bij de geboorte komt, hoe beter het in het recht wordt beschermd. Binnen die ontwikkeling wordt onderscheid gemaakt tussen verschillende periodes met een bijbehorende juridische status van het embryo. Nidatie en levensvatbaarheid van de vrucht vormen daarbij de markeringspunten.

Wat de periode voor nidatie betreft, hebben we gezien dat Leenen het embryo als een bijzondere zaak beschouwt waarover men geen eigendomsrecht kan hebben. De juridische positie van het embryo in dit stadium vat hij samen met de term *status potentialis*. Na nidatie vervalt het zaakskarakter van het embryo: "de ingenestelde vrucht is geen persoon en geen zaak. Was de vrucht een persoon, dan zou abortus moord zijn; was de vrucht een zaak, dan zou een abortusdiscussie niet gevoerd hoeven te worden."<sup>731</sup> Omdat de vrucht na innesteling op weg is naar de geboorte, spreekt Leenen van de *status nascendi* van het embryo in deze periode. De redenering luidt dat het embryo door innesteling zijn potentie, die hij reeds in de status *potentialis* bezat, daadwerkelijk kan gaan verwezenlijken. Binnen deze periode brengt Leenen vervolgens een grens aan die hij aan artikel 82a Sr ontleent: de levensvatbaarheid. Wanneer het embryo levensvatbaar is kan abortus, behoudens uitzonderingen, niet meer worden gelegitimeerd. Ondanks de bredere bescherming die het embryo in deze laatste periode geniet, is het ook dan volgens Leenen nog geen menselijke persoon aangezien het rechtssubjectiviteit ontbeert.<sup>732</sup>

Bij de beschrijving van deze periodes merkt Leenen op dat verschil in omstandigheden, zoals tussen het embryo *in vitro* en *in utero*, of verschil in intenties, zoals

<sup>730</sup> Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 140.

<sup>731</sup> Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 136.

<sup>732</sup> Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 137.

tussen rest-embryo's en speciaal voor wetenschappelijke doeleinden gecreëerde embryo's, geen grond oplevert voor verschil in status.<sup>733</sup> De juridische status van het embryo is volgens hem<sup>734</sup> en gelijkgestemden als Te Braake slechts afhankelijk van zijn potentie en biologische ontwikkeling. In de woorden van Te Braake:

“De beschermwaardigheid van de vrucht berust op de potentie uit te groeien tot mens, hetgeen een intrinsieke waarde van de vrucht is. Wegens dit intrinsieke karakter zijn potentie en beschermwaardigheid niet afhankelijk van de rechten, wil en bedoelingen van of het ingrijpen door anderen. [...] Er volgt ook uit dat er geen verschil is tussen de status/beschermwaardigheid van een vrucht in het moederlichaam (in vivo) en die van de vrucht in laboratoriumomstandigheden (in vitro), uiteraard voor zover deze in dezelfde ontwikkelingsfase verkeren.”<sup>735</sup>

Leenen noemt zijn theorie van de progressieve bescherming “een verklarende constructie die beoogt de verschijnselen rond het (pre)embryo o.a. door de nieuwe ontwikkelingen van geneeskunde en wetenschap in een samenhangend gezondheidsrechtelijk kader te plaatsen.”<sup>736</sup> Precies in dat opzicht schiet de theorie tekort. De statusleer is met name niet of slecht in staat het verschil in bescherming tussen de diverse typen embryo's in de Embryowet te verklaren.

Van der Burg wees reeds voor de totstandkoming van de Embryowet op het onvermogen van een statustheorie als die van Leenen om intenties of omstandigheden te verdisconteren in het beschermingsregime van het embryo.<sup>737</sup> Dat onvermogen wreekt zich met de komst van de Embryowet, waarin in tegenspraak met Leenens theorie wel degelijk een onderscheid wordt gemaakt tussen embryo's die zich in dezelfde ontwikkelingsfase bevinden, zoals tussen rest-embryo's en speciaal gecreëerde embryo's, of tussen embryo's in vitro waarmee wel of geen zwangerschap wordt beoogd. Dat onderscheid wijst erop dat het embryo binnen een bepaalde ontwikkelingsfase geen vaste status toekomt, maar dat ook de *intentie* waarmee het embryo is geconcipieerd en de verdere bedoelingen van de ouders met het embryo van minstens zo grote betekenis zijn bij het bepalen van de beschermingsomvang van het embryo. De Embryowet heeft verschillende

733 “Status wordt niet beïnvloed door intenties of omstandigheden” (Leenen 2000, p. 146; zie ook p. 133). In de druk uit 2007 is deze zin verwijderd. Dat deze gedachte echter ook in deze druk wordt onderschreven, maar nu stilzwijgend, blijkt uit de verdere uiteenzetting van de statustheorie. Leenens theorie is voor het overige niet aangepast, en nog altijd wordt in het handboek gesteld dat er geen reden is om onderscheid te maken tussen de status van het embryo in vitro en in utero, of tussen het rest-embryo en het speciaal voor wetenschappelijke doeleinden gecreëerde embryo, zo lang deze embryo's zich maar in dezelfde ontwikkelingsfase bevinden.

734 Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 134.

735 Te Braake 2001, p. 7-8.

736 Leenen (1994a), “De juridische status van het (pre)embryo: ficties over een juridische fictie. Reactie op het artikel van Wibren van der Burg”, *TvG* 1994, nr. 7, p. 402.

737 Zie W. van der Burg, “Symboolwerking van embryo-wetgeving”, *NJB* 1995, p. 1241.

categorieën embryo's in het leven geroepen, die eveneens sterk afhankelijk zijn van de intenties en belangen die speelden tijdens en na de conceptie van het embryo.<sup>738</sup> Daarmee getuigt de Embryowet eerder van een “gedifferentieerde bescherming”,<sup>739</sup> zoals Van der Burg destijds verdedigde, dan van een uitsluitend toenemende bescherming.

Het belang van de intenties van de ouders voor de toelaatbaarheid van handelingen met het embryo wordt bevestigd in de parlementaire geschiedenis van de Embryowet. “Voor het kabinet is vooral de mate van waarschijnlijkheid dat het embryo zal uitgroeien van belang voor het antwoord op de vraag hoe strikt de wettelijke bescherming moet zijn.”<sup>740</sup> Die mate van waarschijnlijkheid wordt door zowel de biologische ontwikkeling als de intenties van de ouders bepaald. Op die manier is de invloed van het beginsel van toenemende beschermwaardigheid weliswaar zichtbaar, zoals het kabinet ook bevestigt in de Kamerstukken. Maar daarnaast is een belangrijke rol voor de bedoelingen van de ouders weggelegd. Het duidelijkst blijkt dat uit het tijdelijk verbod op het tot stand brengen van embryo's voor wetenschappelijke doeleinden. Zoals de achterliggende gedachte van dit verbod in de Memorie van Toelichting wordt verwoord:

“Bij speciaal tot stand brengen van embryo's voor onderzoek wordt ernstiger getornd aan het respect voor menselijk leven dan wanneer gebruik wordt gemaakt van embryo's die toch al bestaan, zoals embryo's die van IVF zijn overgebleven.”<sup>741</sup>

Op basis van de leer van de toenemende beschermwaardigheid kan dit verbod, dat overeenkomt met artikel 18 lid 2 VRMB,<sup>742</sup> niet worden verklaard. Ook al is onderzoek op het embryo in deze fase in principe toelaatbaar, toch acht de regering het van belang met welke intentie het embryo is gecreëerd. Daarbij geeft de doorslag dat deze embryo's oorspronkelijk nooit bestemd zullen zijn geweest voor een zwangerschap, maar van het begin af aan zijn gedoemd om te worden verbruikt of vernietigd.

In het *Handboek gezondheidsrecht* wordt beaamd dat dit verbod niet past in de statusleer. Liever hadden de auteurs van het handboek gezien dat het verbod niet in de wet was opgenomen:

738 De regering vat het zelf als volgt samen: “Menselijke waardigheid en respect voor menselijk leven betekenen voor ons dat gebruik van embryo's niet voor elk doel acceptabel is en dat daarbij onderscheid moet worden gemaakt naar gelang van de herkomst en de bestemming van de embryo's” (*Kamerstukken II*, 2000/01, 27 423, nr. 5, p. 2).

739 Van der Burg 1994, p. 392 e.v.

740 *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 423, nr. 5, p. 4.

741 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 423, nr. 3, p. 24 (MvT).

742 Dat artikel luidt: “The creation of human embryos for research purposes is prohibited” (art. 18 lid 2 VRMB).

“Voor het maken van een onderscheid tussen onderzoek met restembryo’s respectievelijk met speciaal daarvoor gekweekte embryo’s bestaan geen goede grond. Indien onderzoek op embryo’s geoorloofd is, is niet goed in te zien waarom dat wel met de ene en niet met de andere categorie zou mogen gebeuren. De origine van het embryo is voor zijn status irrelevant. [...] Door zijn ontstaanswijze is een embryo niet meer of mindere beschermwaardig. [...] De argumenten tegen het vervaardigen van embryo’s voor wetenschappelijke doeleinden zijn zwak, indien wetenschappelijk onderzoek op embryo’s wordt aanvaard. Een verbod van vervaardigen van embryo’s voor wetenschappelijk onderzoek ligt dan ook niet voor de hand.”<sup>743</sup>

Gevers en Legemaate hebben naar aanleiding van het wettelijk verbod op de doelbewuste creatie van embryo’s voor wetenschappelijk onderzoek echter niet de conclusie getrokken om de statusleer aan te passen, en plaats in te ruimen voor intenties. Bovenstaande passage vormt een reflectie van hun eigen ethische voorkeuren, maar is niet in overeenstemming met de keuze die de wetgever heeft gemaakt. Daarmee maakt de statusleer zijn ambitie van “verklarende constructie” voor het geldende recht niet waar.

Dat neemt niet weg dat het beginsel van toenemende bescherming *mede* van invloed is geweest op de Embryowet. De ontwikkeling van het embryo speelt wel degelijk een rol bij het bepalen van de beschermingsomvang van het embryo. Zo zou het verschil in status tussen het embryo in vitro en het embryo in de baarmoeder (de foetus) door het beginsel kunnen worden verklaard. De foetus zal reeds de nidatie-grens voorbij zijn (zeker is dat niet aangezien de Embryowet de foetus definieert als “het embryo in het lichaam” en niet als het embryo waarvan de vrouw *zwanger* is), en komt op grond daarvan een grotere beschermwaardigheid toe dan het embryo in vitro dat bestemd is voor implantatie. Aan de toegenomen bescherming ligt echter ook een ander aspect ten grondslag: doordat het embryo zich in het lichaam van de vrouw bevindt, komt bij handelingen met het embryo eveneens de gezondheid van de vrouw in het geding.

Ook buiten de Embryowet wordt het beginsel van toenemende bescherming bevestigd. Zo vormt de levensvatbaarheidsgrens, zoals neergelegd in artikel 82a Sr, ontegenzeggelijk een reflectie van het beginsel. Zodra het embryo in staat is buiten het lichaam in leven te blijven, mag abortus niet meer worden gepleegd.

“De mate van waarschijnlijkheid dat het embryo tot mens zal uitgroeien”, zoals het uitgangspunt van de Embryowet luidt, is echter niet alleen van de biologische groei afhankelijk. Uit de parlementaire stukken blijkt dat de wetgever de “embryo’s die teloor zullen gaan” minder beschermwaardig acht dan embryo’s die geïmplantéerd zullen worden of zich reeds in de baarmoeder bevinden. In de woorden van de regering: “Als een embryo nooit tot mens zal uitgroeien, vinden

<sup>743</sup> Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 146-147.



wij dat het niet dezelfde bescherming behoeft.”<sup>744</sup> Of het embryo teloor zal gaan is niet alleen afhankelijk van de fase waarin het embryo verkeert, maar wordt nog veel dwingender bepaald door de keuzes van de ouders. Volgens de Embryowet genieten de embryo's die de vervulling zijn van een ouderschapswens dan ook aanzienlijk meer bescherming dan embryo's die overblijven van een IVF-behandeling of speciaal gecreëerd zijn voor wetenschappelijk onderzoek. Wanneer men daaraan het wettelijk onderscheid tussen rest-embryo's en speciaal gecreëerde embryo's toevoegt, kan worden geconcludeerd dat de Embryowet op fundamentele punten afwijkt van de leer van de toenemende bescherming. Weliswaar is het principe van toenemende beschermwaardigheid deel van het normatieve kader van Embryowet volgens de regering,<sup>745</sup> maar in tegenstelling tot wat aanhangers van de heersende leer stellen, spelen intenties en belangen daarnaast een doorslaggevende rol bij het bepalen van de beschermingsomvang van het embryo. Tijdens de behandeling van de Embryowet in de Tweede Kamer bevestigde toenmalig minister Borst dat expliciet: “Voor ons is de intentie waarmee het embryo tot stand wordt gebracht [...] doorslaggevend voor de mate waarin handelingen met het embryo toelaatbaar zijn.”<sup>746</sup> Sommige embryo's zijn beschermwaardig, anderen zijn “kansloos”, in de woorden van Borst.<sup>747</sup>

Om dan nog te spreken van *de* status van *het* embryo is misleidend. Eerder lijkt er sprake te zijn van meerdere categorieën embryo's met bijbehorende statussen. Het respect voor menselijk leven biedt de enige vaste ondergrond voor dit wankel bouwwerk. Wat deze verschillende types embryo's nog met elkaar verbindt is dat zij, als vorm van menselijk leven, aanspraak hebben op een minimale vorm van respect, dat hen evenwel niet beschermt tegen vernietiging of verbruik. Te betwijfelen is of deze minimale bescherming voldoende is om te kunnen spreken van “de status van het embryo”.<sup>748</sup>

Dat aan de intenties van de ouders een voorname rol toekomt in de Embryowet, blijkt niet alleen uit de mate waarin die intenties van invloed zijn bij de opdeling van het embryo in verschillende categorieën, maar blijkt eveneens uit de diverse bepalingen waarin het vereiste van toestemming van de ouders is opgenomen. De Embryowet heiligt het principe van *informed consent*: degenen van wie het embryonaal materiaal afkomstig is, beslissen over het lot van het embryo. Zoals hierboven is beschreven zijn er weliswaar verschillende beperkingen op de han-

744 *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 423, nr. 5, p. 5.

745 *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 423, nr. 5, p. 2.

746 *Handelingen II* 2001/02, nr. 8, p. 336.

747 *Handelingen II* 2001/02, nr. 8, p. 335.

748 Zoals Sutorius stelt: “Waar het recht in gebreke moet blijven bescherming aan de vrucht te bieden, bijvoorbeeld na afweging van conflicterende waarden en belangen, dan wel de naleving van de rechtsregels onvoldoende kan worden verzekerd, is mijns inziens geen sprake van status in juridische zin voor het op zichzelf beschermwaardig ongeboren menselijk leven.” (E.Ph. R. Sutorius, *Manipuleren met leven deel II (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1993-I)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 232).

delingsvrijheid van de ouders met betrekking tot het embryo. Wat dat betreft is er geen sprake van een absoluut beschikkingsrecht van de ouders. Toch is het binnen deze wettelijke grenzen vooral aan de ouders om te bepalen wat er met hun voortplantingsmateriaal geschiedt. Zij beslissen of het van een geboorte zal komen, of dat het embryo daarentegen wordt vernietigd of geaborteerd, gedoneerd wordt aan wensouders, of wordt afgestaan voor het in kweek brengen van stamcellen of het verrichten van wetenschappelijk onderzoek.<sup>749</sup> Over het opofferen van embryo's voor wetenschappelijk onderzoek stelt Borst dan ook:

“Niet de regering neemt in dat geval het besluit dat de embryo's niet mogen doorgroeien, maar de ouders, het echtpaar dat om IVF heeft gevraagd. Het is hun bevoegdheid, een beslissing te nemen over het lot van de overtollige embryo's.”<sup>750</sup>

Deze insteek is typerend voor een algemene ontwikkeling op biomedisch gebied: een verschuiving van staatscontrole naar zelfbeschikking in zaken die het menselijk leven en de menselijke waardigheid betreffen. Bij gebreke aan stellingname van de overheid wordt het respect voor menselijk leven, op een aantal minimale garanties na, onderdeel van een sfeer van subjectieve rechten en voorkeuren.

Hoe substantieel subjectieve voorkeuren de invulling van het beginsel van respect voor menselijk leven beïnvloeden, blijkt bij recapitulatie van de voorgaande pagina's. Beschreven is hoe respect voor menselijk leven volgens de Embryowet neerkomt op het stellen van voorwaarden aan het gebruik van embryo's. Deze voorwaarden verschillen per type embryo. De opdeling van het embryo in verschillende types is overwegend afhankelijk van de intentie van de ouders. Daarmee zijn de betekenis en de rechtsgevolgen van het respect voor menselijk leven volgens de gedachtegang van de Embryowet uiteindelijk sterk afhankelijk van de bedoelingen die de ouders met het embryo hebben. Met andere woorden, er is sprake van een subjectivering van het beginsel van respect voor menselijk leven.

Het spiegelbeeld van deze subjectivering wordt gevormd door een objectivering van het ongeboren leven. Het embryo begint in de context van biomedische technieken als een semi-rechtsobject te functioneren.<sup>751</sup> Aan de wensen en beschikkingsrechten van het individu kan het embryo, geconstrueerd als semi-rechtsobject, ondergeschikt worden gemaakt volgens Embryowet en WAZ: de wensen van de moeder bij de keuze van abortus of geboorte, de wensen van de ouders bij IVF of donatie, de wensen van het wetenschappelijk bedrijf bij het gebruik van embryo's voor ontwikkeling van stamcellen en het doen van onderzoek, en via de wrongful life claim ook aan de wensen van zijn toekomstige geboren zelf, zoals in het volgende hoofdstuk zal blijken. Kortom, de biomedische objectivering van

749 Art. 6, 7 en 8 Embryowet.

750 *Handelingen II* 2001/02, nr. 8, p. 335.

751 Zie hierover ook mijn *NJB*-artikel uit 2005 (Van Beers 2005, p. 685).

prenataal leven wordt in het recht gestut door een subjectivering van de beginselen van menselijke waardigheid en respect voor menselijk leven.

Toch betekent deze objectivering van het menselijk leven niet dat het embryo in vitro vogelvrij is, zo is hiervoor gebleken. Zelfs de handelingen met embryo's die worden vernietigd zijn aan allerlei voorwaarden gebonden. Sterker nog, in werkelijkheid maken deze menselijke semi-objecten deel uit van een ondoorzichtig web van secundaire regelgeving (zoals de planningsbesluiten en regelingen op basis van de Embryowet en de WBMV<sup>752</sup>), advisering (bijvoorbeeld de protocollen van de Gezondheidsraad en de periodieke evaluaties van bioethische wetgeving door ZonMw), controle-mechanismen (zo oefent de CCMO controle uit over de protocollen voor onderzoek met embryo's en is zij verplicht daarover jaarlijks verslag uit te brengen aan de Minister<sup>753</sup>) en zelfregulering van de beroepsgroep (een goed voorbeeld is het Modelreglement Embryowet 2003<sup>754</sup>). De combinatie van enerzijds decentralisering en delegatie van besluitvorming (aan lagere instanties en aan de betrokkenen in kwestie), en anderzijds uitbreiding van controle- en uitvoeringsmechanismen, is typerend voor de opkomst van *biomacht*, zoals Foucault met vooruitziende blik heeft beschreven in zijn latere werk. De beslissingen over menselijk leven worden weliswaar in mindere mate rechtstreeks van hogerhand opgelegd, hetgeen blijkt uit de invloed van subjectieve voorkeuren op de invulling die wordt gegeven aan respect voor menselijk leven. Maar dat wil niet zeggen dat het beheer van de staat over het menselijk leven afneemt. De machtswerking wordt enkel subtieler, complexer, decentraler en diffuser. In hoofdstuk 7 ga ik uitgebreid op het begrip *biomacht* in.<sup>755</sup>

Interessant is dat de wettelijke segmentatie van het embryo in verschillende categorieën reeds in een vroeg stadium door de Franse constitutionele rechter is gesignaleerd. In de Franse rechtsdogmatiek is naar aanleiding daarvan een theoretisch kader tot stand gebracht dat op belangrijke punten afwijkt van de leer van de progressieve rechtsbescherming. Waardevol aan dit kader is dat daarin ook de samenhang tussen de waardigheid van de menselijke persoon en het respect voor menselijk leven nader kan worden geduid. Op die manier geeft deze benadering meer inzicht in het juridische proces van humanisering.

752 Bijv. het *Planningsbesluit IVF* en de *Regeling preïmplantatie genetische diagnostiek*.

753 Art. 3 en 4 Embryowet.

754 Afkomstig van het Kwaliteitsinstituut voor de Gezondheidszorg CBO (zie Leenen/Gevers/Lege-maat 2007, p. 121).

755 Zie voor een treffende beschrijving van embryo-wetgeving als onderdeel van biopolitieke mechanismen: F. Bellivier en P. Egea, "Les chemins de la liberté (petite leçon de la biopolitique)", *Recueil Dalloz*, 2004, nr. 10, p. 647-652.

## 4.2 De status van het embryo in het Franse recht

### 4.2.1 Het embryo als 'être humain'

Hoewel de Franse theorievorming omtrent de juridische status van het embryo een aantal opvallende verschillen vertoont met de Nederlandse heersende leer, wordt in beide benaderingen hetzelfde vertrekpunt gehanteerd: het embryo vormt geen persoon in juridische zin. Daarvoor draagt men in beginsel dezelfde argumenten aan als in de Nederlandse rechtsdogmatiek. Die argumenten luiden dat het embryo geen subjectieve rechten heeft, en ook op grond van het objectieve recht niet als een menselijke persoon wordt beschermd.

De geboorte markeert het begin van rechtssubjectiviteit, zo wordt in de belangrijkste privaatrechtelijke handboeken beaamd.<sup>756</sup> In de Code Civil is weliswaar net zo min als in ons Burgerlijk Wetboek een artikel opgenomen waarin het begin van juridische persoonlijkheid expliciet wordt benoemd. Dat de geboorte niettemin het begin van de persoon in privaatrechtelijke zin markeert, blijkt indirect uit andere bepalingen van de Code Civil, zoals op het terrein van het afstammings- en erfrecht.<sup>757</sup> Ook de nasciturus-fictie, die het moment van geboorte *de iure* vervroegt zo dikwijls als dat in het belang van het kind is, kan worden beschouwd als een bevestiging van die regel. Deze fictie heeft weliswaar geen wettelijke verankering gekregen in de Code Civil, zoals artikel 1:2 BW, maar is op grond van vaste rechtspraak deel van het Franse recht geworden.<sup>758</sup> De gebruikelijke uitleg luidt dat de fictie slechts een retroactieve uitbreiding van de rechten van reeds geboren en tot stand brengt. Kortom, deze fictie maakt het embryo niet tot een voor de geboorte reeds bestaande persoon in de zin van drager van rechten en plichten. Zoals Bertrand-Mirkovic het in haar proefschrift over het juridisch persoonsbegrip en de status van het embryo samenvat:

“Le principe en droit français est que la personnalité juridique s'acquiert à la naissance viable et que, par faveur pour l'enfant, les effets de cette personnalité peuvent remonter jusqu'à la conception. La naissance est donc le point de départ de la personnalité juridique et le point à partir duquel on fait jouer la personnalité juridique, que l'enfant possède désormais, de façon rétroactive pour le temps de la grossesse où il ne l'avait pas.”<sup>759</sup>

756 Gewezen kan worden op onder meer de handboeken privaatrecht van Terré en Fenouillet, Laroche-Gisserot en Goubeaux. Voor een overzicht, zie A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître* (diss. Parijs Panthéon-Assas), Aix-en-Provence: PUAM 2003, p. 274-278.

757 Zie art. 311-4, 725 en 906 Code Civil. Voor een beschouwing hieromtrent, zie Bertrand-Mirkovic 2003, p. 274-281; en C. Labrusse-Riou en F. Bellivier, “Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé”, *Revue Internationale de droit comparé*, 2002, nr. 2, p. 584-585.

758 Voor een uitgebreid overzicht van deze jurisprudentie, zie Bertrand-Mirkovic 2003, p. 278 e.v.

759 Bertrand-Mirkovic 2003, p. 274.

Het embryo heeft naar Frans recht dus geen subjectieve rechten, en is voor zijn bescherming afhankelijk van algemene, publiekrechtelijke principes.

Op grond van de objectiefrechtelijke bescherming wordt het embryo evenmin als een menselijke persoon opgevat. Een eerste indicatie daarvan vormt de positie van het embryo in het Franse strafrecht. Zoals in het privaatrecht het embryo geen natuurlijke persoonlijkheid heeft, zo is het embryo in het strafrecht niet met dezelfde waarborgen als de menselijke persoon omringd. Dat wordt vooral duidelijk in de reeks arresten naar aanleiding van onvrijwillige zwangerschapsafbreking.

In deze zaken moest de Cour de Cassation zich een oordeel vormen over de volgende problematiek. Door een fout van een derde jegens een zwangere vrouw, zoals een medische fout<sup>760</sup> of een auto-ongeluk,<sup>761</sup> wordt het leven van de ongeboren vrucht beëindigd. Kan in deze gevallen van *homicide involontaire*, ofwel dood door schuld, worden gesproken? Kan het embryo als een slachtoffer van dit delict worden beschouwd, of valt ongeboren leven buiten de werking van de strafbepaling? In artikel 221-6 Code Pénal wordt *homicide involontaire* beschreven als “le fait de causer [...] la mort d’autrui”. De vraag is daarmee of het embryo als “autrui” is te beschouwen. De Cour de Cassation beantwoordt deze vraag in meerdere arresten ontkennend. Wegens een gebrekkige motivering is de strekking van deze jurisprudentie-lijn weliswaar niet helemaal helder. De conclusie dat het embryo strafrechtelijk gezien niet als een menselijke persoon kan worden opgevat, ligt echter voor de hand. Dat vermoeden wordt versterkt door het feit dat de bewuste strafbepaling deel uitmaakt van titel 2 van boek 2 van het wetboek van strafrecht dat is getiteld *Des atteintes à la personne humaine*.

Dat de geboorte het verschil maakt voor bescherming op grond van deze strafbepaling, wordt bovendien bevestigd in een arrest van de Cour de Cassation waarin wederom de vroegtijdige beëindiging van een zwangerschap als gevolg van een auto-ongeluk centraal staat. Deze keer sterft het kind echter pas een uur na zijn geboorte. In tegenstelling tot de andere zaken waarin het embryo reeds voor de geboorte sterft, acht de strafkamer van de Cour de Cassation in dit geval de automobilist wel degelijk schuldig aan *homicide involontaire* in verband met de dood van het kind.<sup>762</sup>

Het onderscheid heeft aanleiding tot veel kritiek gegeven. Uiteindelijk is één van deze zaken waarin de rechter weigerde de behandelend arts te veroordelen wegens dood door schuld dan ook terecht gekomen bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Dit spraakmakende arrest, *Vo t. Frankrijk*, wordt in 4.3.2 besproken. Daarnaast heeft de onvrede over deze jurisprudentie-lijn geresulteerd

760 Zoals in de volgende drie zaken: Cass. crim. 30 juni 1999, *Recueil Dalloz* 1999, jur. p. 710, m.nt. D. Vigneau (Vo); Cass. crim. 25 juni 2002, *Recueil Dalloz* 2002, jur. p. 3099, m.nt. J. Pradel; Cass. crim. 4 mei 2004, *Recueil Dalloz* 2004, jur. p. 3097, m.nt. J. Pradel.

761 Cass. ass. plén. 29 juni 2001, *Recueil Dalloz* 2001, chron. p. 2907, m.nt. J. Pradel.

762 Cass. crim. 2 december 2003, *JCP II* 10 054, p. 682, m.nt. M.-L. Rassat.

in een wetsvoorstel, het amendement Garraud. Dit voorstel om van onvrijwillige abortus een strafdelict te maken is door vrees voor inperking van de mogelijkheden tot vrijwillige abortus echter vroegtijdig gesneuveld.<sup>763</sup>

Naar aanleiding van deze jurisprudentie lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de geboorte niet alleen privaatrechtelijk gezien het begin van rechtssubjectiviteit betekent, maar strafrechtelijk ook het begin van menselijke persoonlijkheid inluit. Zowel de menselijke persoon, die wordt beschermd door publiekrechtelijke beginselen, als het rechtssubject, dat drager is van subjectieve rechten, ontstaan op het moment van de fysieke geboorte. Het ontstaan van beide juridische *personae* is daarmee te herleiden tot hetzelfde moment. In de woorden van Neirinck:

“Cette jurisprudence confirme que, sur le terrain du droit, la naissance fait surgir la personne humaine en même temps que son double juridique. Même si les deux notions ne coïncident pas exactement et recouvrent des champs différents, elles prennent ancrage dans la naissance.”<sup>764</sup>

Het verschil in juridische bescherming van geboren en ongeboren menselijk leven heeft zich verder uitgekristalliseerd in de regelgeving op het terrein van de biomedische ontwikkelingen. De Franse bio-ethiek-wetgeving en -jurisprudentie zijn gebaseerd op een onderscheid tussen menselijke personen en menselijk leven, categorieën met ieder een eigen beschermwaardigheid. Hoewel menselijke personen uiteraard ook tot de categorie van menselijk leven behoren, zijn zij meer dan alleen dat. Het menselijke embryo daarentegen is *uitsluitend* menselijk leven, zonder rechtssubjectiviteit of menselijke persoonlijkheid. Om die reden stelt Bertrand-Mirkovic: “Aujourd’hui, les seuls êtres humains dépourvus de la personnalité juridique sont les enfants à naître.”<sup>765</sup> Om dit menselijk leven zonder juridische persoonlijkheid duidelijk te onderscheiden van menselijke personen (ofwel menselijk leven met juridische persoonlijkheid) wordt in de rechtsdogmatiek ook wel de term *être humain non-personne* gebruikt.<sup>766</sup>

De categorie *être humain* werd reeds door de *Loi Veil*, de Franse abortuswet uit 1975, in het Franse recht geïntroduceerd. Doordat dit begrip echter niet werd geïntegreerd in het strafrecht of privaatrecht, kreeg het vooralsnog geen stevige basis in het Franse recht. Daarin werd verandering gebracht door de *lois bioéthiques*, de eerder genoemde drie wetten uit 1994 waarmee de wetgever het privaatrecht,

763 Zie hierover Bellivier en Egea 2004.

764 C. Neirinck, “L’embryon humain: une catégorie juridique à dimension variable?”, *Recueil Dalloz* 2003, chron. p. 842.

765 Bertrand-Mirkovic 2003, p. 273.

766 X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux* (diss. Toulouse), Parijs: Dalloz 2003, p. 175 e.v.; Hermitte 2000, p. 18.

straf- en gezondheidsrecht beoogde gereed te maken voor de biomedische ontwikkelingen. De bio-ethiekwetten omvatten onder meer regels met betrekking tot de IVF-praktijk en de zeggenschap over het embryo.

De Franse embryo-wetgeving komt sinds de herziening van de bio-ethiekwetten in 2004 op hoofdlijnen overeen met de Nederlandse Embryowet. De creatie van embryo's voor andere doeleinden dan een zwangerschap is verboden: embryo's mogen niet tot stand worden gebracht voor de wetenschap (artikel L2151-2 Code de la Santé Publique), noch voor commerciële of industriële doeleinden (artikel L2141-8 en L2151-3); en ook therapeutisch kloneren is verboden (artikel L2151-4). Wat onderzoek op embryo's betreft wordt in artikel L2151-5 voorop gesteld dat "la recherche sur l'embryon humain est interdite". Echter, in hetzelfde artikel is een aantal belangrijke uitzonderingen op dit verbod opgenomen. Zo is het bestuderen ("études") van het embryo toegestaan, als deze studie geen nadelige gevolgen voor het embryo in kwestie heeft, en als de ouders ermee instemmen. Op het rest-embryo is daarentegen eveneens onderzoek ("recherche") toegestaan sinds de herziening van de bio-ethiekwetten (artikel L2151-5), uiteraard op voorwaarde dat het koppel in kwestie zijn toestemming heeft gegeven. Met andere woorden, dit embryo dat geen deel meer uitmaakt van een *projet parental*, zoals de wettelijke formulering luidt, mag worden gebruikt en verbruikt voor onderzoeksdoeleinden. Daarbij moet het onderzoek worden verricht volgens een protocol dat is goedgekeurd door *l'Agence de la Biomédecine*, een orgaan dat in 2004 in leven is geroepen en vergelijkbaar is met de Nederlandse Centrale Commissie Mensgebonden Onderzoek (CCMO). Bovendien moet het onderzoek bijdragen aan de medisch-wetenschappelijke vooruitgang, en niet op andere manieren kunnen worden verricht.

Welk beginsel ligt aan de wetgeving met betrekking tot het embryo ten grondslag? In hoofdstuk 3 is aandacht besteed aan het beginsel van de menselijke waardigheid dat als gevolg van de bio-ethiekwetten in de Code Civil (C. civ.) is verankerd. In dat hoofdstuk werd echter voorbijgegaan aan het feit dat in dezelfde wettelijke bepaling ook het respect voor menselijk leven is opgenomen: "*La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie*" (artikel 16 C. civ.).

In dit artikel wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds *la personne humaine*, wiens waardigheid dient te worden gewaarborgd, en anderzijds *l'être humain*, dat alleen aanspraak heeft op *respect* vanaf het begin van zijn leven. Daarmee is de Franse wetgeving vergelijkbaar met de Embryowet, die immers ook is gebaseerd op het beginsel van respect voor menselijk leven. Wat de inhoud van dat respect voor menselijk leven is, en in welke mate dat respect kan worden onderscheiden van de menselijke waardigheid van personen, was vanaf de introductie van het artikel echter onduidelijk. Met enige moeite kan men uit de bewoordingen van het artikel afleiden dat menselijk leven niet automatisch in de waardigheid van personen deelt, dat menselijk leven wel respect toekomt,

maar dat het respect voor menselijk leven niet opweegt tegen het primaat dat de menselijke persoon in het recht heeft. Aan menselijk leven komt dus slechts een secundaire bescherming toe. Maar wat houdt die secundaire bescherming in? Wat betekent respect in de context van menselijk leven? Is het te beschouwen als een soort *prédignité*, een prenatale variant op de menselijke waardigheid, zoals Edelman stelt?<sup>767</sup> Kan respect voor menselijk leven aan de kant worden geschoven wanneer belangen van personen in het geding zijn? En zijn alle soorten embryo's überhaupt te beschouwen als een vorm van menselijk leven?

In het licht van de fundamentele vragen die het wetsartikel oproept over de waardigheid van de menselijke persoon en van het menselijk leven, was het te voorzien dat de Conseil Constitutionnel het verzoek zou krijgen de grondwettigheid van de bio-ethiekwetten te beoordelen. De kwestie die een groep van meer dan zestig kamerleden aan de Conseil voorlegde, betrof de status van het rest-embryo, ofwel het embryo in vitro dat is overgebleven van een IVF-behandeling. Dit embryo mag volgens de bio-ethiekwetten worden vernietigd. De klacht van de kamerleden luidde dat de regeling in deze wet "porte atteinte au droit à la vie des embryons qui [...] possèdent dès la conception tous les attributs de la personne humaine". Ofwel, volgens hun lezing zijn ook embryo's menselijke personen met een recht op leven. Daarnaast stelden zij het onderscheid ter discussie dat de wet maakt tussen embryo's die wel en niet zullen worden geïmplantéerd:

"La loi ne pouvait sans méconnaître le principe d'égalité entre embryons humains d'un couple autoriser les parents et le corps médical à sélectionner ceux des embryons qui seront réimplantés de ceux qui ne le seront pas et à sélectionner ceux des embryons qui seront données à des couples tiers de ceux qui ne le seront pas."<sup>768</sup>

Kortom, volgens de kamerleden maken de bepalingen met betrekking tot het embryo inbreuk op het recht op leven van embryo's, en is de selectie van embryo's in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

Zoals reeds aan de orde is geweest,<sup>769</sup> erkent de Conseil Constitutionnel in dit arrest bij wijze van *obiter dictum* de menselijke waardigheid als constitutioneel beginsel. De kern van het oordeel betreft evenwel de status van het embryo in vitro, en de betekenis van het respect voor menselijk leven. De Franse constitutionele rechter oordeelt als volgt:

767 B. Edelman, "Le Conseil constitutionnel et l'embryon", *Recueil Dalloz* 1995, p. 206.

768 CC, déc. n° 94-343-344, 27 juli 1994, *Recueil Dalloz* 1995, Jur. p. 237, m.nt. B. Mathieu.

769 Zie 3.2.2.



“Considérant que le législateur a assorti la conception, l’implantation et la conservation des embryons fécondés *in vitro* de nombreuses garanties; que, cependant, il n’a pas considéré que devait être assurée la conservation, en toutes circonstances, et pour une durée indéterminée, de tous les embryons déjà formés; qu’il a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie ne leur était pas applicable; qu’il a par suite nécessairement considéré que le principe d’égalité n’était pas non plus applicable à ces embryons.”

Met andere woorden, hoewel de wet voorwaarden stelt aan handelingen met embryo’s *in vitro*, is de bescherming van deze embryo’s die in deze voorwaarden besloten ligt niet gebaseerd op het respect voor menselijk leven. In tegenstelling tot embryo’s die zich in de baarmoeder bevinden, komen embryo’s *in vitro* niet in aanmerking voor bescherming op grond van het respect voor menselijk leven.

Met dit opzienbarende oordeel wijkt de Conseil Constitutionnel af van de redenering die de Nederlandse wetgever aan de Embryowet ten grondslag heeft gelegd. Immers, volgens de ratio van de Embryowet komen ook rest-embryo’s in aanmerking voor bescherming op grond van het respect voor menselijk leven. Uit het gegeven dat embryo’s *in vitro* mogen worden vernietigd en geselecteerd, trekt de Franse constitutionele rechter echter de opvallende conclusie dat op hen het respect voor menselijk leven niet van toepassing is. De Conseil Constitutionnel suggereert daarmee dat “l’embryon *in vitro* ne fait pas partie de la communauté des êtres humains ayant droit au respect, mais seulement à des garanties”, zoals Hermitte treffend stelt.<sup>770</sup> Dat kan twee dingen betekenen: of het embryo *in vitro* is geen menselijk leven, of dit type embryo is een vorm van menselijk leven dat geen aanspraak op respect heeft.

Volgens de eerste benadering is alleen het embryo *in utero* op grond van het oordeel te beschouwen als een *être humain non-personne*. Het embryo *in vitro* moet volgens dezelfde logica daarentegen als een *non-être humain non-personne* worden opgevat.<sup>771</sup> Dit type embryo is noch persoon, noch menselijk leven. Het enige wat vast staat is dat het menselijk is. Wat is het dan wel? Een menselijk object,<sup>772</sup> een geobjectiveerde mens, menselijk materiaal, een ‘objet technique’<sup>773</sup> of zelfs een ‘sujet technique’? Volgens Edelman heeft de constitutionele rechter door een subcategorie van menselijk leven te scheppen de slavernij nieuw leven ingeblazen: “Qu’est-ce, en effet, un esclave, sinon un être humain réduit à son existence

---

770 Hermitte 2000, p. 39.

771 Edelman 1995, p. 205.

772 Neirinck spreekt van een “chose humaine” op basis van de regelgeving ten aanzien van het embryo *in vitro* (Neirinck 2003, p. 843).

773 Edelman 1995, p. 205.

purement biologique, de sorte qu'il est, indifféremment, 'instrument vivant' ou pur matériau soumis à la volonté d'autrui?"<sup>774</sup>

Een tweede interpretatie luidt dat de constitutionele rechter niet ontkent dat het embryo *in vitro* een vorm van menselijk leven zou zijn. Het enige wat hij beweert is dat het beginsel van respect voor menselijk leven niet op deze embryo's van toepassing is. Hoewel deze visie enigszins gekunsteld klinkt, wordt zij wel voor de meest waarschijnlijke gehouden in de rechtsdogmatiek. Zoals eerder ter sprake kwam, is het beginsel van respect voor menselijk leven afkomstig uit de Franse abortuswet van 1975, die in 2001 is herzien. Dat respect blijkt uit de wettelijke voorwaarden die aan abortus worden gesteld. Wat de Conseil Constitutionnel volgens meerdere rechtsgeleerden<sup>775</sup> heeft gedaan, is het beginsel van respect voor menselijk leven vereenzelvigen met deze voorwaarden voor abortus. Anders gezegd, "cette qualification d'être humain ne produit aucun effet juridique en dehors des interruptions de grossesse".<sup>776</sup> Op die manier is te verklaren waarom de Conseil Constitutionnel het respect niet van toepassing acht op embryo's *in vitro*. Immers, de vereisten voor abortus gaan uiteraard slechts op voor embryo's *in utero*. Voor embryo's *in vitro* geldt een ander juridisch regime, dat is neergelegd in de bio-ethiekwetten van 1994. In de woorden van Bioy:

"Deux régimes législatifs coexistent: l'embryon *in utero* dépend des lois de 1975-1979 et 2001, l'embryon *in vitro* des lois de 1994. La dénomination d'être humain n'est assurée, avec les éléments de protection qui l'accompagnent que pour le premier. Dans le cas du second, le Conseil affirme que le principe du respect ne lui est applicable, mais des éléments de protection sont tout de même posés. [...] Les embryons *in vitro* apparaissent donc bien comme des êtres humains, mais selon un autre fondement législatif."<sup>777</sup>

Hoe het oordeel van de Conseil Constitutionnel ook wordt uitgelegd, duidelijk is dat zelfs op constitutioneel niveau de verbodsbepaling van het embryo goed zichtbaar is. De constitutionele rechter maakt de wettelijke verbodsbepaling expliciet door te constateren dat de wetgever blijkbaar een nieuwe categorie van embryo's in het leven heeft willen roepen via de bio-ethiekwetten van 1994. Doordat de Conseil deze tweedeling vervolgens niet ongrondwettelijk acht, wordt impliciet de verbodsbepaling ook op constitutioneel niveau toegelaten. Op die manier krijgt het constitutionele beginsel van respect voor menselijk leven, afhankelijk van de lezing die men hanteert, hetzij een variabel bereik (afhankelijk van het type

774 Edelman 1995, p. 207. Ook Labrusse-Riou trekt deze vergelijking, zie C. Labrusse-Riou, "Projet parental, projet biomédical: la reconstitution des 'droits de puissance'?", *Revue Générale de Droit Médical* 2000, numéro spécial (*La recherche sur l'embryon: qualifications et enjeux*), p. 125.

775 Zie onder meer Hermitte 2000; Mathieu 1999; Bioy 2003.

776 Hermitte 2000, p. 25.

777 Bioy 2003, p. 183.

menselijk leven dat in het geding is), hetzij een beperkt bereik (het embryo heeft in vitro überhaupt in rechte niet als menselijk leven te gelden).

Daarmee was de segmentatie van de juridische status van het embryo reeds vanaf 1994 nauwelijks meer te ontkennen. Wellicht is het om die reden dat de leer van de toenemende bescherming nauwelijks voet aan de grond heeft gekregen in de Franse juridische literatuur. Naar aanleiding van het embryo wordt daarentegen gesproken in termen van een “morcellement en sous-catégories”,<sup>778</sup> en zelfs een “éclatement de l’humain”.<sup>779</sup> Binnen deze wettelijke opdeling van menselijk leven is evenwel een constante te bespeuren. De meeste auteurs zijn van oordeel dat de enigszins geforceerde constitutionele tweedeling in het toepassingsgebied van het respect voor menselijk leven moet verhullen dat het uiteindelijk de bedoelingen van de ouders zijn die de doorslag geven voor de beschermingsomvang van het embryo. Zij benadrukken, meer dan hun Nederlandse vakbroeders, dat de bescherming van het embryo afhankelijk is van de intenties van de ouders.

Anders gezegd, in de Franse rechtsdogmatiek wordt een *relationele benadering* van het embryo tot uitgangspunt genomen. In plaats van een statutetheorie die geënt is op het biologische ontwikkelingsniveau van het embryo, wordt de mate van juridische bescherming verklaard door de socialisering van het embryo. Die socialisering is niet alleen afhankelijk van de feitelijke intenties van de ouders. Het gegeven dat het embryo deel uitmaakt van de menselijke soort vormt reeds een basale vorm van verwantschap en socialisering en geeft daarmee aanleiding tot een minimale vorm van bescherming. Met andere woorden, zowel de minimumbescherming van het embryo, als de bijkomende beschermingsregimes voor de verschillende typen embryo’s, kunnen worden verklaard tegen de achtergrond van deze relationele benadering. Daarmee wordt de juridische persoonwording van het embryo begrepen als een reflectie van de invoeging in de samenleving en cultuur van het menselijk leven in biologische zin.

#### 4.2.2 De subjectivering van het respect voor menselijk leven

Hoewel de Conseil Constitutionnel vooral het verschil tussen de positie van embryo’s in vitro en embryo’s in utero van doorslaggevend belang acht, is er bij nadere lezing van de bio-ethiekwetten een andere, minstens zo belangrijke scheidslijn te bespeuren: het verschil tussen embryo’s die wel of geen deel uitmaken van een zogenaamd *projet parental*, zoals de wettelijke aanduiding voor gezins- of zwangerschapsplanning luidt. Het verschil in positie tussen rest-embryo’s en embryo’s die wellicht nog worden geïmplantéerd is aangescherpt door de herziening van de bio-ethiekwetten in 2004. Niet alleen mogen rest-embryo’s worden vernietigd of gedoneerd aan een ander koppel (artikel L2141-4 Code de la Santé Publique), maar sinds 2004 mogen ze ook worden beschikbaar

<sup>778</sup> Bellivier en Egea 2004, p. 647.

<sup>779</sup> B. Mathieu, *Génome humain et droits fondamentaux*, Parijs: Ed. Economica 2000, p. 19.

worden gesteld voor wetenschappelijk onderzoek (artikel L2151-5), zoals in 4.2.1 reeds werd beschreven.

Aangezien deze opsplitsing het gebruik van het embryo voor bepaalde doeleinden mogelijk maakt, is de categorie van het rest-embryo vooral functioneel of facilitair te noemen. De kwalificatie maakt immers onderzoek, verbruik en vernietiging mogelijk. Door meerdere auteurs wordt daarom betoogd dat aan de wetgeving met betrekking tot het embryo geen ontologische benadering van het embryo ten grondslag ligt. In de woorden van Thouvenin: “La loi n’a pas de vision ontologique de l’embryon, puisqu’elle admet un changement de finalité de son utilisation.”<sup>780</sup> Ontologisch en biologisch zijn rest-embryo’s en embryo’s in vitro die voor een zwangerschap worden gebruikt volledig gelijk aan elkaar. Toch mogen alleen embryo’s van de eerste categorie worden vernietigd en gebruikt voor de wetenschap, maar embryo’s van de tweede categorie niet.

Wat betekent een dergelijke functionele benadering voor de bescherming van menselijk leven? Duidelijk is dat die bescherming in vergaande mate afhankelijk is van externe factoren, zoals de omstandigheden waarin het embryo zich bevindt en de belangen van derden. Zoals Mathieu het treffend formuleert naar aanleiding van de *Bioéthique*-uitspraak van de constitutionele rechter:

“Le Conseil prend parti en faveur d’une conception de la vie comme une réalité que le droit appréhende par catégories en fonction d’une réalité spatio-temporelle et surtout en fonction du destin que la société ou des individus (notion de projet parental en matière d’assistance médicale à la procréation) assignent à cette vie humaine en développement. C’est uniquement au regard de cette appréhension de l’embryon comme objet d’un projet et non au regard d’une différence ontologique, que cette distinction peut être opérée.”<sup>781</sup>

Met andere woorden, het recht concipieert het menselijk leven niet als een continuë, biologische realiteit zoals die bijvoorbeeld door de empirische wetenschappen wordt bestudeerd. In het recht wordt het menselijk leven daarentegen teruggebracht tot een verzameling categorieën die op basis van functionele en subjectieve criteria van elkaar te onderscheiden zijn.<sup>782</sup> Meerdere auteurs stellen in dat verband dat het embryo in de bio-ethiekwetgeving is verworden tot een puur object van ouderlijke en wetenschappelijke machtsuitoefening.<sup>783</sup>

780 D. Thouvenin, “La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l’accès aux éléments biologiques d’origine humaine. I La légitimité des activités médicales bioéthiques”, *Recueil Dalloz* 2005, nr. 2, p. 121.

781 Mathieu 1999, p. 453-454.

782 Zie ook Mathieu 2000, p. 33.

783 Zie reeds de titel van Labrusse-Riou 2000: “Projet parental, projet biomédical: la reconstitution des ‘droits de puissance’?” Zie verder Mathieu 2000, p. 53; Hermitte 2000, p. 31.

Betekent dat ook dat het embryo slechts een functionele, relatieve waarde toekomt? Als we de kritiek van sommige rechtswetenschappers mogen geloven wel. Volgens Hermitte hebben utilistische overwegingen de regelgeving als zo ver weten binnen te dringen, dat zelfs de *menselijkheid* van deze embryo's afhankelijk wordt gemaakt van een uitverkiezing van de ouders:

“Les affirmations les plus protectrices des embryons se trouvent dans des déclarations sans portée juridique, tandis que le droit positif met en oeuvre une vision utilitariste portée par la notion de projet parental. Si certains traits du droit positif laissent penser que la société reconnait à l'embryon une humanité qui fonde l'interdiction de certaines utilisations, d'autres, plus nombreux, font dépendre l'humanité d'une élection par les parents. L'embryon, soumis au projet parental, peut alors devenir, aux choix, un enfant, un objet de recherches, un médicament, être détruit, être donné. Il est sous puissance, sans existence propre.”<sup>784</sup>

Volgens Hermitte is de waarde van het embryo in de bio-ethiekwetten in de meeste gevallen puur instrumenteel. De betekenis van respect voor menselijk leven en menselijke waardigheid is een subjectieve aangelegenheid geworden. In wezen wordt de kwalificatie van het embryo voor een belangrijk deel gedelegeerd aan de ouders. Het embryo heeft geen eigen menselijke realiteit, maar maakt slechts deel uit van de subjectieve realiteit van anderen. Of het embryo een subject of een object is, hangt blijkbaar af van de bedoelingen van de ouders. Maar eigenlijk is het embryo dan juridisch gezien gelijk aan een object komen te staan, zo stelt Neirinck:

“L'embryon *in vitro* n'a toujours qu'une valeur relationnelle, dépendante d'une volonté ou d'un désir extérieur. Il n'est pas d'ordre de 'l'être'. Réifié par cette référence au projet parental, il est devenu une chose, le mot maintenant pris dans son sens le plus banal, synonyme de rien.”<sup>785</sup>

Voor al het criterium of het embryo deel is van een zwangerschapswens leggen critici uit als de onderwerping van het embryo aan de subjectieve verlangens. De ouders dreigen zich op te stellen als een soort consumenten, voor wie het embryo niet zozeer een geschenk is, maar een project of product. Over de term “projet parental”, die is geïntroduceerd in de wetgeving omtrent kunstmatige voortplanting, stelt Labrusse-Riou:

“Devenu notion juridique légitimant la fabrication artificielle d'enfants au nom du désir, déplaçant le projet biomédical de maîtrise sur les patients-consommateurs, cette notion n'a ni forme ni contenu appréciable en droit; elle ouvre par conséquent

---

784 Hermitte 2000, p. 31.

785 Neirinck 2003, p. 847.

la porte à toutes les utopies au lieu de les contenir et rend difficile à maintenir des limites posées quand même par la loi, par référence à la procréation naturelle. Mais quoiqu'il en soit de ses limites, le 'projet parental' consacre juridiquement l'enfant qui en naît en produit du projet donc en chose dont le médecin 'producteur' ou 'distributeur' peut être tenu pour responsable."<sup>786</sup>

De mate waarin het embryo deel wordt van een productieproces waarvoor de arts in geval van een gebrekkige 'productie' aansprakelijk kan worden gesteld, blijkt vooral uit de opkomst van wrongful birth en life claims, waarover meer in het volgende hoofdstuk.

Geconcludeerd kan worden dat de objectivering van het embryo en de subjectivering van het respect voor menselijk leven een groot aantal rechtsgeleerden kritisch stemmen. Daarnaast is men verontrust over de wijze waarop de staat zich desondanks steeds intensiever met het menselijk leven lijkt te bemoeien.<sup>787</sup> Het menselijk leven in biologische zin wordt onderdeel van een uitgebreid bureaucratisch apparaat, dat toeziet op de naleving van de talloze voorwaarden waaraan de objectivering van menselijk leven dient te voldoen. Vooral de oprichting van *l'Agence de la Biomédecine* in 2004 beschouwt men als tekenend voor deze ontwikkeling. In de woorden van Bellivier en Labrusse-Riou: "L'embryon in vitro devient [...] un pur objet de réglementations administratives tatillones, traduisant la prise en charge par l'État de la procréation, sous la forme d'un contrôle de type eugénique doux et libéral."<sup>788</sup> Kortom, de instrumentalisering van het embryo kent op die manier niet alleen een wetenschappelijke en ouderlijke, maar ook een administratieve gedaante.

Ofschoon deze scherp geformuleerde kritiek voor het grootste deel begrijpelijk is en de voortschrijdende objectivering van het embryo onmiskenbaar is, wordt in de rechtswetenschappelijke commentaren veelal voorbij gegaan aan de minimumgaranties waarmee iedere vorm van ongeboren menselijk leven, dus ook het rest-embryo, nog altijd is omgeven. Ook onder de bestaande Franse wetgeving is het rest-embryo niet vogelvrij: het is menselijk en onderscheidt zich daarmee van gebruiksvoorwerpen. Zo mag men het embryo slechts voor een beperkt aantal andere doeleinden dan zwangerschap gebruiken, en moet zijn voldaan aan een aantal voorwaarden. Deze voorwaarden en beperkingen aan het gebruik en de vernietiging van het embryo werpen een drempel op tegen de volledige verontmenselijking en reïficatie van het embryo door het recht.

Een andere nuancering betreft de mate waarin de oorzaak voor de instrumentalisering van het embryo is gelegen in de biomedische praktijk en de regulering

786 C. Labrusse-Riou, "L'humain en droit: réalité, fiction, utopie?", in: C. Hervé en J.J. Rozenberg (red.), *Vers la fin de l'homme*, Brussel: De Boeck 2006, p. 173.

787 Zie met name Bellivier en Egea 2004; en Labrusse-Riou 2000.

788 Labrusse-Riou en Bellivier 2002, p. 595.

van die praktijk. De instrumentele benadering van het embryo was reeds voor de opkomst van de medische biotechnologie zichtbaar. Sterker nog, juist omdat het embryo nog geen menselijke persoon vormt, wordt de onderwerping van menselijk leven aan de belangen en rechten van anderen onder voorwaarden toelaatbaar geacht. Vooral de abortuspraktijk legt de manier bloot waarop het embryo ondergeschikt is aan de belangen van de ouders. In zekere zin is het onvermijdelijk dat de ouders hun ongeborn nakomeling niet meteen vanaf de conceptie als een volledig doel op zichzelf zullen beschouwen, maar daarnaast als een middel tot hun eigen geluk. Reeds op het niveau van de vervulling van een kinderwens fungeert de ongeborn vrucht als een object van de belangen van zijn ouders, ook al is dat nog zo'n mooie wens. Pas na de geboorte wordt de onherleidbaarheid en unieke waarde van het kind volledig erkend en is iedere vorm van instrumenteel gebruik bij gevolg strijdig met de menselijke waardigheid. Op deze gedachte zal ik in het kader van de wrongful birth vordering nader ingaan.<sup>789</sup>

Zo bezien heeft de medische biotechnologie slechts een reeds aanwezige tendens tot instrumentalisering van ongeborn leven versterkt en blootgelegd. Die versterking is echter dermate spectaculair, dat de objectivering van menselijk leven pas nu openlijk aan het licht begint te treden. Het contrast tussen de abortuspraktijk, die van oudsher is omgeven met taboes en geheimzinnigheid,<sup>790</sup> en de biomedische praktijk, waarin utilitaire overwegingen openlijk meespelen, is wat dat betreft groot.

Daarmee nodigt de objectivering van ongeborn leven in de bio-ethiekwetten niet alleen uit tot kritiek, maar ook tot een nadere verkenning van de betekenis van menselijk leven in vergelijking met de menselijke persoon. Wat maakt menselijk leven tot een menselijke persoon? Waarom mag ongeborn menselijk leven worden opgeofferd en ondergeschikt gemaakt aan de belangen van menselijke personen? En waarom ligt het omslagpunt voor menselijke persoonlijkheid bij de geboorte, en mag vanaf dat moment menselijk leven niet meer worden geobjectiveerd?

#### 4.2.3 *De juridische status van het embryo vanuit relationeel perspectief*

Een positieve analyse van de status van het embryo legt de nadruk op het proces van humanisering waarvan het embryo deel uitmaakt. In dat verband wordt niet

789 De vraag die dit type vordering opwerpt, is of het toekennen van schadevergoeding voor de ongewenste geboorte van een kind niet berust op de reductie van dat kind tot een schadepost. Zie hierover 5.1.

790 De centrale stelling van Boltanski's sociologische studie naar abortus luidt dat abortus is omgeven met geheimzinnigheid en onduidelijkheid, omdat abortus berust op tegenstrijdige aannamen: enerzijds is iedere mens uniek en onvervangbaar, anderzijds blijkt de mens in de abortuspraktijk in een vroeg stadium toch inwisselbaar te zijn (L. Boltanski, *La condition foetale. Une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, Parijs: Gallimard 2004, p. 60).

zozeer van de instrumentele als wel de *relationele* waarde van het embryo gesproken. Met die term wordt tot uitdrukking gebracht dat een onmisbaar element voor persoonwording is gelegen in de inbedding van menselijk leven in een geheel van sociale en symbolische verbanden. Noodzakelijk voor menselijke persoonlijkheid is niet alleen het lidmaatschap van de menselijke soort, dat in wezen een biologisch criterium is, maar ook dat dit menselijk leven deel een plaats krijgt in samenleving en cultuur. Zowel de minimum bescherming van het embryo, die eveneens het rest-embryo ten deel valt, als de extra bescherming, die bijvoorbeeld aan het ingenestelde embryo toekomt, kunnen binnen dat theoretische kader worden verklaard. Bioy beschrijft de relationele benadering van de juridische status van het embryo op de volgende manier:

“Ce principe fondamental qui veut que les qualifications juridiques ne sont pas données mais ‘prédicationnelles’ indique que le ‘nom’ ‘d’être humain’ doit s’analyser non comme une qualité mais comme une appartenance à un groupe, une socialisation et que, de même, la ‘relationnalité’, qui fonde la personnalité n’est que la reconnaissance due à un groupe plus restreint qui consent à accueillir le nouveau né. En principe la sociabilité, le caractère relationnel de l’individu fait de lui une personne. La socialisation du fœtus ne vient pas de lui mais de son environnement.”<sup>791</sup>

De minimum bescherming van het embryo berust op het gegeven dat het embryo vanaf zijn conceptie menselijk is. Deze basale, biologische verwantschap wordt van voldoende betekenis geacht om het embryo op sociaal, symbolisch en ook juridisch vlak een bijzondere betekenis te geven: door zijn menselijke origine onderscheidt het embryo zich van ander biologisch leven en heeft het een speciale positie. Dat het rest-embryo in vitro toch een zekere status in het recht heeft, komt vanuit het relationele perspectief bezien doordat ook dit embryo behoort tot een sociale groep: de breedst denkbare menselijke groep, ofwel de menselijke soort. De minimale bescherming die het embryo op basis van dit biologische gegeven wordt toegekend, kan worden opgevat als het prenatale equivalent van mensenrechten. Als de menselijke persoon vanaf zijn geboorte wordt gekenmerkt door onvervreemdbare rechten, dan wordt het ongeboren menselijk leven vanaf zijn conceptie gekenmerkt door onvervreemdbare garanties en voorwaarden, die het embryo dankt aan zijn banden met de menselijke soort.<sup>792</sup>

Voor bijkomende bescherming is het embryo evenwel afhankelijk van verdere socialisering en symbolisering. Dat daarbij de intenties van de ouders een belangrijke rol spelen, zoals boven werd beschreven, past geheel binnen de relationele benadering van het embryo. Het verschil in status van embryo's die wel of geen

791 Bioy 2003, p. 202.

792 Althans in theorie. Hoe onvervreemdbaar deze garanties daadwerkelijk zijn, moet blijken uit toekomstige wetgeving op dit terrein. De bereidwilligheid van de wetgever om de bestaande wetgeving aan te passen aan wetenschappelijke ontwikkelingen, zal wellicht eveneens effect hebben op de basale garanties waarmee het embryo is omgeven.



deel uitmaken van een ‘projet parental’ bevestigt de toepasselijkheid van dit perspectief. Ook zodra het embryo zich heeft ingenesteld in de baarmoeder, neemt de relationele waarde van het embryo toe: de bescherming van het embryo is vanaf dat moment verweven met de bescherming van het lichaam van de moeder. Bovendien kan ook dan nog besloten worden tot abortus, hetgeen getuigt van de mate waarin de bescherming van het embryo afhankelijk is van de belangen van de moeder. Bioy vat de logica van dit systeem als volgt samen:

“Telle semble être la logique du droit en vigueur: la capacité relationnelle nécessaire à la personne fait défaut à l’embryon, c’est pourquoi il ne possède ni la personnalité humaine ni la personnalité juridique mais se voit objectivement protégé. Cependant cela n’exclut pas sa socialisation, et donc l’implication d’une protection. Celles-ci connaissent deux foyers et deux degrés: humanité (qui implique le statut minimum d’être humain) et la famille (qui va accorder un surcroît de protection selon que l’enfant est voulu ou non). [...] Plus l’enfant à naître est ‘socialisé’, attendu et surtout ‘vu’, plus sa protection juridique s’étoffe.”<sup>793</sup>

De toenemende relationele waarde van het embryo mondt bij de geboorte uit in de toekenning van rechtssubjectiviteit. Die toekenning vormt de juridische weerslag van de manier waarop het kind vanaf dat moment ook als het subject van sociale relaties wordt erkend. Na de geboorte betreedt het kind de publieke sfeer, en wordt het deel van menselijke interactie. In die interactie krijgt het kind een eigen identiteit en persoonlijkheid. Vanaf de geboorte heeft het kind daarom niet langer een relationele, maar een intrinsieke waarde: hij vormt een doel op zichzelf, en kent een onvervreemdbare waardigheid. Habermas duidt die persoonwording na de geboorte in de volgende termen:

“Erst in der Öffentlichkeit einer Sprachgemeinschaft bildet sich das Naturwesen zugleich zum Individuum und zur vernunftbegabten Person. Im symbolischen Netzwerk der reziproken Anerkennungsbeziehungen kommunikativ handelnder Personen wird das Neugeborene als ‘einer’ oder ‘eine von uns’ identifiziert und lernt nach und nach, sich selbst zu identifizieren – und zwar gleichzeitig als Person überhaupt, als Teil oder Mitglied seiner sozialen Gemeinschaft(en) und als unverwechselbar einzigartiges, zugleich moralisch unvertretbares Individuum.”<sup>794</sup>

Habermas past deze relationele benadering van het kind ook toe op de fase voor de geboorte. Hoewel hij beaamt dat het embryo een eigen waarde toekomt, hetgeen overeenkomt met het beginsel van respect voor menselijk leven uit het Nederlandse en Franse recht, benadrukt hij daarnaast de relationele waarde van het embryo. Volgens hem gaat de socialisering reeds voor de geboorte van start.

<sup>793</sup> Bioy 2003, p. 205-206.

<sup>794</sup> Habermas 2005, p. 65-66.

“Die Eltern sprechen nicht nur *über* das *in utero* heranwachsende Kind, *in gewisser Weise* kommunizieren sie auch schon mit ihm.” Om die reden spreekt hij van een *anticipatoire socialisering* van het embryo.<sup>795</sup>

In Nederland betoogt Den Hartogh op overtuigende wijze dat de morele status van het embryo vooral relationeel is bepaald.<sup>796</sup> Zijns inziens dient men niet alleen te kijken naar de feitelijke eigenschappen van het embryo of het individu, “maar ook naar de relaties waarin het zich bevindt, naar de rol die het speelt in het levensverhaal van anderen”.<sup>797</sup> Tegelijkertijd beaamt Den Hartogh dat sociale betekenis niet geheel los kan staan van ontologische status. Zo kan je geen echte liefdesrelatie met een pop hebben. Daarnaast zijn relaties afhankelijk van bestaande culturele en symbolische patronen, die betekenis en richting aan de relaties geven. Op basis daarvan concludeert Den Hartogh aan het einde van zijn betoog dat het embryo *in vitro*, ofwel een zygote, geen relationele betekenis toekomt. Uiteindelijk kan je een zygote niet liefhebben. Immers, “er is geen biologisch en cultureel relatiepatroon tussen mensen en zygoten waarin zoiets als een relationele betekenis wordt geconstitueerd.”<sup>798</sup>

Anders gezegd, het proces van persoonwording kan worden begrepen als de invoeging van menselijk leven in menselijke relaties en culturele patronen. Op het moment dat het menselijk leven als het subject van menselijke relaties wordt beschouwd, hetgeen in het recht blijkt uit de toekenning van rechtssubjectiviteit, kan ook van een menselijke persoon worden gesproken. In dat verband maakt de Franse socioloog Luc Boltanski een intrigerend onderscheid tussen *l'engendrement par la chair* en *l'engendrement par la parole*, ofwel de verwekking van de mens via het vlees en via het woord.<sup>799</sup> Een kind wordt niet alleen in biologische zin verwekt, maar ook krijgt zijn menswording gestalte via toetreding tot sociale en symbolische verbanden. In dat verband kan men spreken van een symbolische verwekking: de menselijkheid van menselijk leven dient bevestigd te worden ‘via het woord’ om van dat menselijk leven een menselijke persoon te maken. Die bevestiging blijkt uit het gegeven dat het kind wordt opgenomen in een gezin, een naam krijgt, in de burgerlijke stand wordt ingeschreven, etc. In de woorden van Boltanski:

“Chaque être humain peut être considéré sous deux rapports: en tant qu’il est humain *par la chair*, c’est-à-dire qu’il est issu du ventre d’une femme, fécondée par le

795 Habermas 2005, p. 66.

796 Over Den Hartoghs uitleg van de humanisering van het embryo meer in 8.7.2.

797 G.A. den Hartogh, *Kun je een zygote liefhebben? Over de waarde van het leven en de grenzen van de morele gemeenschap* (oratie Amsterdam UvA), 1993, <213.132.199.164/socrates/oraties/DenHartogh.pdf>, p. 23.

798 Den Hartogh 1993, p. 25.

799 L. Boltanski, *La condition foetale. Une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, Parijs: Gallimard 2004, hoofdstuk 2.

moyen de relations sexuelles, par un [...] homme, et en tant qu'il est humain *par la parole*. Il n'existe pas de société dans laquelle les nouveaux êtres humains ne soient pas, non seulement reçus, sur le mode de passivité, mais aussi activement confirmés dans leur appartenance à la société des humains qui les accueillent aux moyens de gestes, de rites, qui sont autant de marques de *reconnaissance* de leur humanité et qui accompagnent leur insertion dans des collectifs, c'est-à-dire dans un ensemble de rapports symboliques.”<sup>800</sup>

Het proces van persoonwording van het embryo laat zien hoe menselijke persoonlijkheid berust op de inschrijving van het menselijke leven in sociale en symbolische patronen. Men is niet van nature persoon, maar kan slechts persoon worden en blijven wanneer men op sociaal, cultureel en ook juridisch niveau als persoon wordt erkend. Deze stelling zal verder worden uitgewerkt in hoofdstuk 8. Anders gezegd, zonder symbolisering en socialisering is het embryo slechts menselijk leven in biologische zin, en wordt bij gevolg minimaal beschermd. Niet alleen vormen de juridische statussen van het embryo een reflectie van de mate van socialisering en symbolisering van het embryo, maar ook vormt het recht een zelfstandige bron van socialisering en symbolisering van menselijk leven.

In het slothoofdstuk van dit boek wordt de symbolisering van de biologische grenzen die het menselijk leven tekenen verder uit de doeken gedaan. Daarbij zal worden beschreven hoe via de juridische categorie van de menselijke persoon en het beginsel van de menselijke waardigheid rechtssubjectiviteit en lichamelijke in een betekenisvol verband met elkaar worden gebracht. In het vorige hoofdstuk is betoogd dat het juridische beginsel van de menselijke waardigheid een belichaming van het rechtssubject teweeg heeft gebracht. Deze belichaamde rechtssubjectiviteit kan nu begrepen worden als de samenkomst van de categorie van menselijk leven met de categorie van rechtssubjectiviteit: de socialisering en symbolisering van menselijk leven resulteert bij de geboorte in de attributie van rechtssubjectiviteit. Zoals de menselijke waardigheid de eenheid van lichaam en persoon vooronderstelt, zo berust de menselijke persoonlijkheid op de eenheid van menselijk leven en rechtssubjectiviteit. Op die manier komen in de juridische categorie van de menselijke persoon en in het bijbehorende beginsel van menselijke waardigheid twee zijden van het menselijk bestaan bijeen: de biologische en de sociaal-symbolische aspecten, lichamelijke en intersubjectiviteit, en menselijk leven en rechtssubjectiviteit.

Vanuit dit perspectief is eveneens te begrijpen dat in de categorie van menselijk leven vooral de lichamelijke aspecten van het menselijk bestaan juridische erkenning vinden. Zo wordt in het Verdrag inzake de Rechten van de Mens en de Biogeneeskunde veelal verwezen naar “human being”, zoals in artikel 2 VRMB: “The interests and welfare of the human being shall prevail over the sole interest

---

800 Boltanski 2004, p. 63.

of society or science.” Volgens Bioy wordt hier naar de categorie van menselijk leven verwezen, omdat in deze regelgeving de lichamelijke aspecten van het menselijk bestaan centraal staan: “Ceci tendrait à confirmer, [...] que le terme d’être humain s’emploie plus spécifiquement pour désigner le corps de la personne où un corps sans personnalité, celui de l’embryon.”<sup>801</sup> Met andere woorden, in de context van biotechnologie en recht duidt de term *menselijk leven* op de lichamelijke aspecten van de persoon. Zoals Bertrand-Mirkovic ook schrijft: “Le terme être humain évoque plutôt l’aspect biologique, le fait d’appartenir à l’espèce humaine, le terme de personne humaine évoquant plus le fait que ces individus humains sont investis de dignité.”<sup>802</sup>

Deze lezing wordt mede bevestigd door de preambule van het Biogeneeskundeverdrag waarin wordt gesteld dat “the human being both as an individual and as a member of the human species” door het Verdrag wordt beschermd. Hierin wordt fraai tot uitdrukking gebracht hoe niet alleen de menselijke persoonlijkheid, maar reeds het behoren tot de menselijke soort aanleiding geeft tot een zekere beschermwaardigheid.

Kortom, waar in de Nederlandse heersende leer de biologische groei en de potentie van het embryo als doorslaggevend voor de toenemende bescherming van het embryo wordt beschouwd, plaatsen Franse rechtsgeleerden de sociale en symbolische betekenis van het embryo voorop. Binnen de Franse benadering kan niet alleen de minimum bescherming van het embryo en het onderscheid tussen de verschillende categorieën embryo’s worden verklaard. Ook werpt deze benadering licht op de betekenis van de menselijke persoonlijkheid. De menselijke persoon is menselijk leven met rechtssubjectiviteit. Het embryo groeit niet alleen in biologisch opzicht, maar wordt gaande de zwangerschap ook mens in sociale en symbolische zin. De socialisering van het embryo mondt bij geboorte uit in toekenning van rechten en plichten. Vanaf dat moment is het kind niet alleen rechtssubject, maar wordt het erkend als een eenheid van persoon en lichaam.

Van de Nederlandse of Franse benadering is weinig te terug te zien in de rechtspraak van het Europese Hof te Straatsburg. De menswording van het embryo betreft in ethisch en religieus opzicht een dermate gevoelige materie, dat het Hof zich hierover niet in detail wenst uit te spreken. Bovendien is bescherming van het embryo wellicht moeilijk te rechtvaardigen op grond van de mensenrechten. Zoals in de paragrafen over het Nederlandse en Franse recht bleek, wordt het embryo in het algemeen niet als menselijke persoon, ofwel drager van mensenrechten, opgevat. Toch kan het Hof zich niet geheel onttrekken aan de status van het embryo. De status van het embryo is indirect in het geding bij aanspraken met betrekking tot onder meer zwangerschapsafbreking en toegang tot vormen

801 Bioy 2003, p. 149.

802 Bertrand-Mirkovic 2003, p. 231.

van kunstmatige voortplanting. In de rechtspraak over deze onderwerpen wordt het embryo geen eigen statuut toegekend, maar krijgt het embryo vooral gestalte als onderdeel van de subjectieve rechten en vrijheden van anderen.

### 4.3 De status van het embryo in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

#### 4.3.1 *Het begin van het recht op leven*

Kan het embryo bescherming aan de rechten van de *mens* ontlelen? Geldt het embryo in deze context als een mens? En vanaf welk moment beginnen mensenrechten überhaupt te gelden? Volgens artikel 1 UVRM worden alle mensen vrij en gelijk in waardigheid en rechten *geboren*. Wanneer men die formulering letterlijk neemt, is ongeboren menselijk leven van de werking van mensenrechten uitgesloten.<sup>803</sup> In deze paragraaf wordt bekeken of een dergelijke lezing van de mensenrechten wordt onderschreven door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

Daarnaast zal een andere optie worden verkend. Ook als het Hof het embryo niet als subject van mensenrechten, ofwel menselijke persoon, beschouwt, bestaat nog altijd de mogelijkheid dat het embryo in een andere hoedanigheid wordt beschermd, bijvoorbeeld als menselijk leven. De volgende vraag wordt dan of er plaats is voor het beginsel van respect voor ongeboren menselijk leven temidden van de mensenrechten. Zo bestaat de mogelijkheid dat de bescherming van het embryo meeweegt bij toetsing aan de gerechtvaardigde beperkingsgronden van artikel 8 EVRM, zoals bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en de bescherming van de gezondheid.

Desondanks is op voorhand duidelijk dat een beginsel als de bescherming van ongeboren leven enigszins uit de toon valt bij de subjectieve rechten en vrijheden die in het Verdrag worden beschermd. Hoewel het respect voor menselijk leven deel uitmaakt van de het mensenrechtelijk idioom, zoals duidelijk blijkt uit het *Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde* (VRMB), is het lastig de beschermwaardigheid van ongeboren leven tot uitdrukking te brengen in het vocabulaire van de mensenrechten, tenzij dat leven als subject van mensenrechten kan worden aangemerkt.

In de voorgaande paragrafen werd gesteld dat het embryo volgens het Nederlandse en Franse recht niet zozeer een lichaam heeft, maar een lichaam is. Bij de bestudering van de juridische positie van het lichaam in het EVRM bleek reeds

<sup>803</sup> Met de term “geboren” wordt in de Verklaring echter niet zozeer bedoeld op een biologische gebeurtenis, als wel op het uitgangspunt dat de mensenrechten zijn gegeven met het menselijk bestaan.

dat de lichamelijke integriteit in toenemende mate wordt beschermd als een subjectief in plaats van objectief rechtsgoed, culminerend in de erkenning van het recht om over het lichaam te beschikken en het zelfs te beschadigen in de zaak *K.A. en A.D. t. België*. Met andere woorden, de bescherming van de lichamelijke integriteit wordt dan vooral afhankelijk van de subjectieve beleving van het eigen lichaam. Tekenend in dat verband is de gebrekkige bescherming van het menselijk lijf onder het Verdrag.

Net als de waarde van het menselijk lijf is het lastig de beschermwaardigheid van het embryo in termen van verdragsrechten tot uitdrukking te brengen. Sterker nog, we zullen in de *Evans*-zaak zien dat het embryo de inzet wordt van individuele aanspraken die men aan de mensenrechten ontleent. Zodra men uit het recht op respect voor privéleven een recht op procreatie afleidt, wordt het embryo eerder tot het object dan het subject van mensenrechten. In dat geval is er niet zozeer sprake van een eventueel recht *van* ongeboren leven onder artikel 2 EVRM maar eerder van een recht van anderen *op* ongeboren leven onder artikel 8 EVRM.

Aangezien in deze paragraaf de positie van het embryo in de context van de mensenrechten centraal staat, is het persoonsbegrip van het VRMB, dat net als het EVRM tot stand is gekomen binnen het kader van de Raad van Europa, eveneens van belang. Dit Verdrag bevat onder meer bepalingen met betrekking tot het gebruik van embryo's in vitro.<sup>804</sup> Hoe verhouden die bepalingen zich tot de mensenrechten? Artikel 1 VRMB vormt een sleutelbepaling in het geheel:

“Parties to this Convention shall protect the dignity and identity of all *human beings* and guarantee *everyone*, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine” (cursivering BvB).

In deze bepaling wordt een onderscheid gemaakt tussen *human beings* en *everyone*. Dat doet denken aan het onderscheid tussen *menselijk leven* en *de menselijke persoon*, tussen *l'être humain* en *la personne humaine*. Slechts aan “everyone”, ofwel alle menselijke personen, komen volgens dit artikel mensenrechten toe. Zij worden beschermd via toekenning van subjectieve rechten en vrijheden. “Human beings” daarentegen worden uitsluitend beschermd in hun waardigheid, ofwel via het objectieve recht. In het *Explanatory Report* bij het verdrag wordt uitdrukkelijk vermeld dat onder “human being” in dit artikel ook ongeboren leven moet worden verstaan:

“The Convention also uses the expression ‘human being’ to state the necessity to protect the dignity and identity of all human beings. It was acknowledged that it

---

804 Art. 18 VRMB.

was a generally accepted principle that human dignity and the identity of the human being had to be respected as soon as life began.”<sup>805</sup>

Over de betekenis van “everyone”, ofwel het persoonsbegrip van de mensenrechten, is men in de totstandkomingsgeschiedenis echter aanzienlijk minder uitgesproken. Het enige wat buiten twijfel staat is dat dit persoonsbegrip afkomstig is uit het EVRM:

“The Convention does not define the term ‘everyone’ (in French ‘toute personne’). These two terms are equivalent and found in the English and French versions of the European Convention on Human Rights, which however does not define them. In the absence of a unanimous agreement on the definition of these terms among member States of the Council of Europe, it was decided to allow domestic law to define them for the purposes of the application of the present Convention.”<sup>806</sup>

Met de term “everyone” werd niet alleen het persoonsbegrip van het EVRM overgenomen, maar ook de bestaande onenigheid die onder lidstaten bestaat over de betekenis ervan. Het persoonsbegrip van het VRMB wordt daarom niet nader gedefinieerd, en de invulling ervan wordt uitbesteed aan de nationale rechtsordes. Daardoor blijft het onduidelijk of ongeboren leven ertoe kan worden gerekend.

Bij de hiernavolgende bespreking van de jurisprudentie over artikel 2 EVRM (het recht op leven) zal blijken dat ook het Hof zich lange tijd van een oordeel heeft onthouden. In de uitspraak *Vo* wordt de gedachte achter deze onthouding openlijk en uitgebreid verwoord. In de *Evans*-zaak uit 2007 maakt de Grote Kamer van het Hof echter gedeeltelijk een einde aan de onduidelijkheid over de vraag of het recht op leven aan ongeboren leven toekomt.

Allereerst volgt een analyse van de jurisprudentie over zwangerschapsafbreking (4.3.2). Daarna wordt het recht op toegang tot kunstmatige voortplanting onder het EVRM besproken, voor zover van belang voor de juridische status van het embryo (4.3.3).

#### 4.3.2 Vrijwillige en onvrijwillige zwangerschapsafbreking

De vraag of het embryo als een persoon in juridische zin kan worden beschouwd, is vrijwel uitsluitend opgekomen in de context van artikel 2 EVRM. “*Het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet.*” Wordt onder “een ieder” ook ongeboren menselijk leven begrepen? Zo ja, vormt abortus in dat geval geen schending van het recht op leven? De meeste zaken over de toepasbaarheid van artikel 2 EVRM op de ongeboren vrucht betreffen dan ook aanvechtingen van

805 *Explanatory Report to the convention of human rights and biomedicine*, DIR/JUR (97)5, sub 19 (<[www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/164.htm](http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/164.htm)>).

806 *Explanatory report*, sub 18.

nationaal abortusbeleid. Daarnaast zal ik kort ingaan op de vraag of abortus behoort tot het terrein van privéleven dat artikel 8 EVRM beschermt.

Reeds vanaf 1961 zijn er met een beroep op artikel 2 EVRM klachten bij de Commissie, en later ook het Hof, ingediend over de abortuswetgeving van een aantal lidstaten.<sup>807</sup> In de eerste twee zaken<sup>808</sup> luidt de klacht dat de legalisering van abortus reeds op zichzelf een verdragsschending vormt. De Commissie weigert zich echter in abstracto over de toelaatbaarheid van abortus onder het Verdrag uit te spreken. De reden is dat de klagers, los van hun morele verontwaardiging, niet aannemelijk hebben weten te maken dat de abortuswetgeving directe consequenties voor hen heeft gehad, of het nu via de band van het recht op leven van het embryo is, of van het recht van klagers op gezinsleven (artikel 8 EVRM). Daardoor kunnen zij volgens de Commissie niet worden beschouwd als slachtoffers van verdragsschending, zoals is vereist in artikel 25 EVRM. Beide klachten worden niet-ontvankelijk verklaard.

Onthield de Commissie zich in deze eerste zaken geheel van een oordeel, in *Brüggemann en Scheuten* overweegt de Commissie dat zwangerschap niet alleen aan het privé-leven van de vrouw ex artikel 8 EVRM raakt, maar ook aan het leven van de foetus.<sup>809</sup> Toch ziet de Commissie zich niet genoodzaakt een uitspraak te doen over de betekenis van artikel 2 EVRM:

“The Commission does not find it necessary to decide, in this context, whether the unborn child is to be considered as “life” in the sense of Art. 2 of the Convention, or whether it could be regarded as an entity which under Art. 8 (2) could justify an interference “for the protection of others”.”<sup>810</sup>

Pas vanaf 1981 wijden de Commissie respectievelijk het Hof in drie vergelijkbare ontvankelijkheidsbeslissingen<sup>811</sup> overwegingen aan de status van het ongeboren kind naar aanleiding van klachten over Britse, Noorse en Italiaanse abortuswetgeving. De zaken betreffen gevallen waarin een abortus in de eerste 14 weken van de zwangerschap heeft plaats gevonden tegen de wens van de aanstaande vader

807 Zie voor een overzicht van deze jurisprudentie o.a. A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne. Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître* (diss. Marseille), Aix-en-Provence 2003, p. 73-79; P. van Dijk, G., Van Hoof en L. Zwaak, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag 1998, p. 300-303; en P.W. Smits, *The right to life of the unborn child in international documents, decisions and opinions* (diss. Leiden), p. 134-157, Bedum 1992.

808 ECieRM 29 mei 1961, nr. 967/60 (X. t. Noorwegen); ECieRM 10 december 1976, nr. 7045/75 (X. t. Oostenrijk).

809 ECieRM 12 July 1977, nr. 6959/75, Rapport van de Commissie, DR 10, p. 116, r.o. 59 (*Brüggemann en Scheuten t. Bondsrepubliek Duitsland*).

810 *Brüggemann en Scheuten t. Bondsrepubliek Duitsland*, r.o. 60.

811 ECieRM 13 mei 1980, NJ 1981, 110, m.nt. EAA (X. t. Verenigd Koninkrijk); ECieRM 19 mei 1992, NJCM-Bull. 1993, p. 65, m.nt. Loenen (H. t. Noorwegen); en EHRM 5 september 2002 (*Boso t. Italië*).



in. In tegenstelling tot de eerdere zaken kunnen de klagers nu wel worden opgevat als slachtoffers van verdragsschending. De drie mannen beroepen zich op het recht op leven van de ongeboren vrucht onder artikel 2 EVRM, en op hun eigen recht op respect voor privé- en gezinsleven onder artikel 8 EVRM. Hieronder worden slechts de rechtsoverwegingen naar aanleiding van artikel 2 besproken.

De Commissie en het Hof stellen voorop dat het Verdrag geen definitie geeft van de term “everyone”.<sup>812</sup> Tegelijkertijd benadrukken beide rechterlijke instanties dat de meningen over de toelaatbaarheid van abortus en het begin van leven sterk verdeeld zijn, zodat aan de lidstaten een zekere beoordelingsmarge moet worden gelaten bij de regulering van een dergelijke gevoelige kwestie. Bij toetsing aan artikel 2 weten de Commissie en het Hof het echter zo te presenteren dat een dergelijke definitie niet noodzakelijk is voor hun oordeel.

In de eerste van de drie beslissingen, *X. t. Verenigd Koninkrijk*, onderscheidt de Commissie drie mogelijke interpretaties van artikel 2 met betrekking tot ongeboren leven: of artikel 2 heeft geen enkele betrekking op het embryo, of het embryo komt een recht op leven toe dat echter een aantal niet door artikel 2 geëxpliciteerde beperkingsgronden kent, of het embryo heeft een absoluut recht op leven.<sup>813</sup> De Commissie gaat slechts in op de laatste benadering, en concludeert dat deze in ieder geval niet als juist kan worden bestempeld: het embryo heeft geen absoluut recht op leven. De reden is dat een dergelijk absoluut recht in het geval van abortus geen ruimte zou laten voor afweging tegen de belangen van de vrouw. Zelfs als de vrouw zich in een noodtoestand bevindt, zou het recht op leven van het embryo moeten prevaleren. Die interpretatie strookt volgens de Commissie niet met de totstandkomingsgeschiedenis van het EVRM, aangezien ten tijde van de ondertekening in het merendeel van de lidstaten abortus onder bepaalde voorwaarden reeds was toegestaan.<sup>814</sup> Met andere woorden, een absoluut *pro life* standpunt wordt van de hand gewezen. Wat de andere twee benaderingen betreft, laat de Commissie in het midden wat de juiste opvatting zou zijn. Daarvoor bestaat geen onmiddellijke noodzaak volgens de Commissie, nu de abortuspraktijk vanuit het perspectief van beide overgebleven benaderingen door de beugel kan. De klacht is dan ook niet-ontvankelijk.

De Commissie en het Hof bevestigen deze uitkomst in *H. t. Noorwegen en Bosó t. Italië*. In deze zaken wordt echter de nadruk gelegd op de ruime beoordelingsmarge die aan de lidstaten dient te worden gelaten in kwesties waarover de meningsverschillen zo groot zijn. Gegeven deze beoordelingsmarge zijn de Commissie en het Hof van mening dat de desbetreffende lidstaten bij de afweging

812 De Commissie gaat in *X. t. Verenigd Koninkrijk* nog verder. Volgens dit oordeel ondersteunen zowel het gebruik van de term “everyone” in de overige artikelen, als de mogelijke beperkingsgronden uit lid 2 van art. 2 de visie dat onder “everyone” niet ongeboren leven moet worden begrepen (r.o. 9).

813 *X. t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 17.

814 *X. t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 19-20.

tussen “the legitimate need to protect the foetus and the legitimate interests of the woman in question”<sup>815</sup> niet buiten deze marge zijn getreden. De klacht over inbreuk op het recht op leven is daarom wederom niet-ontvankelijk. De volgende overweging vormt een treffende samenvatting van de stand van zaken die op basis van deze jurisprudentie is ontstaan:

“The Commission does not have to decide whether the foetus may enjoy a certain protection under Article 2 [...], but it will not exclude that in certain circumstances this may be the case notwithstanding that there is in the Contracting States a considerable divergence of views on whether or to what extent Article 2 protects the unborn life.”<sup>816</sup>

Kortom, op grond van deze drie ontvankelijkheidsbeslissingen blijft onduidelijk of men het embryo ook op grond van artikel 2 bescherming is verschuldigd, en zo ja, hoeveel bescherming. Dat “the need to protect the foetus” een legitiem belang is blijkt in ieder geval uit de zaken tegen Noorwegen en Italië.

Het zal nog tot 2004 duren totdat voor het eerst een klacht over schending van het recht op leven van een ongeboren vrucht ontvankelijk wordt verklaard. De overige zaken waarin de betekenis van artikel 2 EVRM voor het embryo ter sprake is gekomen, zijn op een hand te tellen en leggen weinig gewicht in de schaal. In de bekende zaak *Open Door*<sup>817</sup> stond de vraag centraal of Ierland het verstrekken van informatie over abortus aan banden kon leggen zonder artikel 10 EVRM te schenden. De overheid verdedigde zich onder meer door zich op “de rechten van anderen” als rechtvaardigingsgrond (ex artikel 10 lid 2) te beroepen. Daaronder moet, in het licht van artikel 2 EVRM, ook het recht op leven van ongeborenen worden begrepen, zo stelde Ierland. Het Hof concludeerde echter tot schending, en merkte daarbij op dat het niet noodzakelijk was om binnen deze context nader in te gaan op de betekenis van artikel 2 met betrekking tot ongeboren leven, aangezien de klagers ook geen recht op abortus hadden geclaimd. Uit de zaak *Odièvre t. Frankrijk* leiden sommigen<sup>818</sup> echter af dat een beroep van een lidstaat op het recht op leven van het ongeboren kind als rechtvaardiging voor een verdragsschending kans van slagen heeft bij het Hof.<sup>819</sup>

815 *H. t. Noorwegen*, r.o. 1. Zie ook *Boso t. Italië*, r.o. 1.

816 *H. t. Noorwegen*, r.o. 1.

817 EHRM 29 oktober 1992, *NJ* 1993, 544, m.nt. EJD, r.o. 66 (*Open Door and Dublin Well Woman t. Ierland*).

818 Zie de *dissenting opinion* van Ress bij *Vo t. Frankrijk*, sub 4.

819 EHRM 13 februari 2003, *NJ* 2003, 587, m.nt. SW, r.o. 45.

*Vo t. Frankrijk*<sup>820</sup> vormt de eerste zaak waarin het Hof een klacht over schending van het recht op leven van een ongeboren vrucht ontvankelijk acht. Daarmee plaatst het Hof zich voor de opgave tot een gefundeerd oordeel te komen over het persoonsbegrip van artikel 2 EVRM.

De omstandigheden die aanleiding gaven tot de zaak zijn bijzonder treurig. De Vietnamees-Franse Vo, die zich reeds in de zesde maand van haar zwangerschap bevindt, wordt in een ziekenhuis te Lyon verward met een andere Vietnamese vrouw, die toevalligerwijs ook Vo heet. De laatstgenoemde Vo komt echter niet voor een zwangerschapscontrole, maar voor de verwijdering van haar spiraaltje. Wanneer de arts die is aangewezen om het spiraaltje te verwijderen de naam Vo in de wachtkamer uitroept, is het niet de tweede Vo die reageert, maar de klaagster in deze zaak, de zwangere Vo. Doordat zij het Frans niet goed beheerst, en de arts niet de moeite neemt om haar medisch dossier te raadplegen, blijft de arts in de waan dat hij de juiste patiënt voor zich heeft, en begint aan de verwijdering van het (niet-aanwezige) spiraaltje. Wanneer hij erachter komt dat hij niet de juiste patiënt voor zich heeft, is het reeds te laat: de vruchtwaterzak is geraakt. Een week later moet Vo's vrucht om medische redenen worden geaborteerd.

Vo en haar echtgenoot dienen een verzoek in tot strafrechtelijke vervolging van de arts wegens *homicide involontaire*, ofwel dood door schuld. Echter met weinig resultaat. Alleen de rechter in hoger beroep besluit tot een veroordeling van de arts. Zoals in 4.2.1 bij de bespreking van de Franse jurisprudentie aan bod kwam, trekt de Cour de Cassation<sup>821</sup> een andere conclusie: er kan slechts sprake zijn van dood door schuld wanneer het slachtoffer *na* zijn geboorte overlijdt. De arts heeft zich niet schuldig gemaakt aan dood door schuld, en is slechts aansprakelijk voor het letsel dat Vo is aangedaan, zo oordeelt de Franse cassatie-rechter. Vo besluit daarop een klacht in te dienen bij het Europese Hof. Een administratieve procedure op basis van Franse volksgezondheidswetgeving behoort dan al niet meer tot de mogelijkheden, aangezien de beroepstermijn van vier jaar reeds verlopen is.

In essentie luidt de klacht die Vo bij het Hof indient dat Frankrijk zijn positieve verplichting tot bescherming van het recht op leven van een ongeboren vrucht niet is nagekomen door onvrijwillige zwangerschapafbreking niet strafbaar te stellen. Volgens haar wordt met de termen "een ieder" en "leven" uit artikel 2 mede het ongeboren leven bedoeld. De Straatburgse rechter acht haar klacht ont-

820 EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2004, NJ 2006, 52, m.nt. EAA (*Vo t. Frankrijk*; AB 2005, 10, m.nt. B.C. van Beers; EHRC 2004, 86, m.nt. A.C. Hendriks en m.nt J. Bornhoff; *Recueil Dalloz* 2004, J. p. 2456, m.nt. J. Pradel, en Somm. p. 2535, met opmerkingen van I. Berro-Lefèvre; *La Semaine Juridique Édition Générale* 2004, II 10 158, m.nt. M. Levine). Zie verder over dit arrest: Van Beers 2005; C. Forder, "Bescherming van het ongeboren leven", *NJB* 2005 nr. 13, p. 686-688; en E. Ser-verin, "Réparer ou punir? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme", *Recueil Dalloz* 2004, C. p. 2801.

821 Cass. crim. 30 juni 1999, *Recueil Dalloz* 1999, Jur. p. 710, m.nt. D. Vigneau.

vankelijk. Daarmee lijkt het onontkoombaar voor het Hof geworden om een uitspraak te doen over het persoonsbegrip dat besloten ligt in het recht op leven, en over de status van het embryo in het Verdrag. Een dergelijk oordeel van het Hof heeft mogelijk verreikende consequenties voor nationaal beleid omtrent abortus of het gebruik van stamcellen en rest-embryo's voor medische en wetenschappelijke doeleinden. In Straatsburg had men dan ook aantoonbaar moeite om tot een oordeel te komen. Dat blijkt niet alleen uit het feit dat deze *Grand Chamber*-uitspraak meer dan vier en een half jaar op zich liet wachten, maar ook weigert de Grote Kamer van het Hof om tot al te inhoudelijke conclusies te komen.

In tegenstelling tot de eerdere jurisprudentie, staat in de *Vo*-zaak *onvrijwillige* zwangerschapsafbreking centraal. Dat wil zeggen, het veroorzaken van een abortus tegen de wil van de moeder, zoals in het geval van bijvoorbeeld een aanrijding of mishandeling. In de meeste westerse landen is abortus sinds geruime tijd een legale praktijk. Over strafbaarstelling van onvrijwillige abortus bestaat echter aanzienlijk minder duidelijkheid en eensgezindheid. Dat heeft waarschijnlijk vooral te maken met de vrees dat dergelijke wetgeving toekenning van te vergaande rechten aan het embryo zou impliceren, en op die manier in strijd zou komen met de bestaande abortus-wetgeving.

Dat een oordeel in deze materie op voorhand controversieel is, blijkt mede uit de politieke debatten die in Frankrijk over onvrijwillige zwangerschapsafbreking zijn gevoerd. In 2003 werd, voornamelijk naar aanleiding van de (nationale) *Vo*-zaak, een wetsvoorstel (het amendement Garraud) ingediend, dat strekte tot strafbaarstelling van onvrijwillige zwangerschapsafbreking. Het voorstel maakte echter zoveel tumult los in het publieke debat dat, hoewel het amendement reeds door zijn eerste lezing was, werd besloten het voorstel te schrappen. Daarbij speelde de vrees voor inperkingen van de abortusvrijheid een grote rol.<sup>822</sup>

Deze vrees is echter grotendeels ongegrond. De conclusie dat het embryo in de context van vrijwillige abortus niet als een persoon met een rechtstreeks en volledig recht op leven kan worden beschouwd, vormt ook het uitgangspunt van het oordeel in *Vo*.<sup>823</sup> De inzet van het geding is dan ook niet de vraag of het embryo een absoluut recht op leven heeft, en of abortus vanuit dat oogpunt door de beugel kan, zoals ten onrechte in de berichtgeving is gesuggereerd.<sup>824</sup> Het draait in de onderliggende zaak slechts om de twee andere mogelijke benaderingen van artikel 2 die de Commissie in *X t. Verenigd Koninkrijk* noemde, en die we weerspiegeld zien in de rechtsmiddelen van beide partijen. *Vo* meent dat het embryo een recht op leven heeft dat evenwel beperkt kan worden in het geval

822 Zie voor een nadere uiteenzetting van deze zogenaamde affaire-Garraud r.o. 32 en 33 van *Vo t. Frankrijk*; zie eveneens Bellivier en Egea 2004.

823 *Vo t. Frankrijk*, r.o. 80.

824 Zie bijv. "Ruling on fetus saves abortion laws", *The Guardian* 9 juli 2004.

van vrijwillige abortus, terwijl de Britse overheid stelt dat artikel 2 geen enkele prenatale werking kent.

In de afwegingen van het Hof speelt de doctrine van de *margin of appreciation* een belangrijke rol. Dat het Hof bij zijn oordeelsvorming een brede beoordelingsmarge aan Frankrijk laat, komt na *H. t. Noorwegen* en *Boso t. Italië* niet als een verrassing. De kwestie is getekend door “the legal, medical, philosophical, ethical or religious dimensions of defining the human being”.<sup>825</sup> De complexiteit van de materie heeft geresulteerd in een gebrek aan consensus dat zowel op nationaal als internationaal niveau voelbaar is. Het enige waar lidstaten het volgens het Hof vooralsnog over eens zijn, is dat het embryo tot de menselijke soort behoort. Daarbij verwijst het Hof naar de regulering van de medische biotechnologie die in de verschillende lidstaten tot stand is gekomen:

“At European level, the Court observes that there is no consensus on the nature and status of the embryo and/or foetus [...], although they are beginning to receive some protection in the light of scientific progress and the potential consequences of research into genetic engineering, medically assisted procreation or embryo experimentation. At best, it may be regarded as common ground between States that the embryo/foetus belongs to the human race. The potentiality of that being and its capacity to become a person – enjoying protection under the civil law, moreover, in many States, such as France, in the context of inheritance and gifts [...] – require protection in the name of human dignity, without making it a ‘person’ with the ‘right to life’ for the purposes of Article 2.”<sup>826</sup>

Het is volgens het Hof de potentie van het embryo om uit te groeien tot een persoon die in naam van de menselijke waardigheid in de meeste lidstaten juridisch wordt beschermd. Over de vraag of het embryo gelijk kan worden gesteld aan een persoon met een recht op leven bestaat echter nog altijd geen overeenstemming. Het Hof concludeert op grond van deze overwegingen “that it is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention.”<sup>827</sup> Die vraag moet door de lidstaten zelf worden beantwoord. Het Hof trekt zijn handen af van het persoonsbegrip van artikel 2 en draagt de invulling en afbakening ervan grotendeels over aan de lidstaten. In de woorden van het Hof:

---

825 *Vo t. Frankrijk*, r.o. 82.

826 *Vo t. Frankrijk*, r.o. 84.

827 *Vo t. Frankrijk*, r.o. 85.

“It follows that the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere, notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention.”<sup>828</sup>

Daarmee laat het Hof in het midden of artikel 2 gelding in deze context heeft. Dat is opmerkelijk. Niet alleen wordt de beoordelingsmarge in een erg vroeg stadium toegepast (reeds in de fase van *applicability*), maar ook laat het Hof zo na de basisbegrippen van artikel 2 uit te leggen, een artikel “which ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention and also enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe.”<sup>829</sup> Het Hof haalt ook zelf dit citaat aan in zijn oordeel,<sup>830</sup> maar laat de volgende zin om begrijpelijke redenen weg: “... As such, its [van artikel 2] provisions must be strictly construed.” In het licht van dit laatste citaat is een brede beoordelingsvrijheid voor de lidstaten niet op zijn plaats bij de uitleg van de basisbegrippen van artikel 2.<sup>831</sup> In de regel past het Hof de doctrine van de *margin of appreciation* dan ook niet toe op verdragsbepalingen als artikel 2, 3 of 4 EVRM.<sup>832</sup> Immers, “strikt toezicht door het EHRM op de juridische kwalificatie van daarin opgenomen termen [...] is gelet op de aard van de betreffende rechten vereist.”<sup>833</sup> Op de weigering van het Hof om uitsluitsel te geven over de toepasselijkheid van artikel 2 op deze zaak, is niet alleen door diverse annotatoren<sup>834</sup> kritiek geuit, maar ook door een groot aantal EHRM-rechters zelf, getuige de *separate opinions* die op het oordeel volgen (vier opinies van in totaal tien van de zeventien rechters).<sup>835</sup> Een korte blik op deze afwijkende meningen biedt de mogelijkheid na te gaan wat de consequenties waren geweest als het Hof zich wel had uitgesproken over de afbakening van het persoonsbegrip van artikel 2.

Een aantal rechters<sup>836</sup> had graag gezien dat het Hof duidelijkheid zou hebben geschapen door artikel 2 van toepassing te verklaren op het ongeboren leven. Deze rechters stellen dat een dergelijke benadering niet onverenigbaar is met de bestaande abortuswetten. Voorwaarde is dat artikel 2 dan wordt beschouwd als

828 *Vo t. Frankrijk*, r.o. 82.

829 EHRM 27 september 1995, r.o. 147 (*McCann t. Verenigd Koninkrijk*).

830 *Vo t. Frankrijk*, r.o. 88.

831 Zo ook de *dissenting opinion* van Ress, r.o. 8, en de *concurring opinion* van rechter Costa, r.o. 7.

832 J.G.C. Schokkenbroek, “Methoden van interpretatie en toetsing: een overzicht van beginselen toegepast in de Straatburgse jurisprudentie”, in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, J. van der Velde, *EVRM Rechtspraak & Commentaar*, Den Haag: SDU Uitgevers 2000, katern 2.1, p. 19.

833 T. Barkhuysen, “Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse bestuursrecht”, in *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (preadviezen uitgebracht voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht 2004), VAR-reeks 132, Den Haag 2004, p. 42.

834 Zie de noten van Bornhoff, Pradel en mijzelf.

835 Voor een nadere beschouwing over deze *separate opinions*, zie mijn noot bij het arrest in AB, sub 7.

836 *Concurrenss Costa en Traja en dissenters Ress, Mularoni en Stráznická*.

een recht dat kan afgewogen tegen andere rechten of belangen, zoals het belang dat een vrouw kan hebben bij een abortus. Een groot nadeel van deze benadering is echter dat er dan ongeschreven beperkingsgronden van het recht op leven worden aanvaard.

In de *concurring opinion* van Rozakis, waar vier andere rechters zich bij aansloten, werd eveneens het feit betreurd dat het Hof geen uitspraken deed over het toepassingsgebied van artikel 2. Alleen kwamen zij tot een tegengestelde conclusie: het Hof had expliciet moeten ontkennen dat het ongeboren kind een recht op leven toekomt. Een dergelijke ontkenning laat de mogelijkheid tot bijvoorbeeld strafbaarstelling van onvrijwillige abortus open. De bescherming van het embryo heeft volgens Rozakis c.s. echter geen plaats in de context van artikel 2. In zijn woorden:

“Even if one accepts that life begins before birth, that does not automatically and unconditionally confer on this form of human life a right to life equivalent to the corresponding right of a child after its birth. This does not mean that the unborn child does not enjoy any protection by human society, since – as the relevant legislation of European States, and European agreements and relevant documents show – the unborn life is already considered to be worthy of protection. But as I read the relevant legal instruments, this protection, though afforded to a being considered worthy of it, is, as stated above, distinct from that given to a child after birth, and far narrower in scope. It consequently transpires from the present stage of development of the law and morals in Europe that the life of the unborn child, although protected in some of its attributes, cannot be equated to post-natal life, and, therefore, does not enjoy a right in the sense of ‘a right to life’, as protected by Article 2 of the Convention. Hence, there is a problem of applicability of Article 2 in the circumstances of the case.”<sup>837</sup>

Voor Rozakis' interpretatie is veel te zeggen. Zoals eerder in dit hoofdstuk bleek, wordt het embryo naar Nederlands en Frans recht niet als een menselijke persoon beschouwd, maar desondanks beschermwaardig geacht. Daarnaast heeft het buiten toepassing laten van artikel 2 hetzelfde eindresultaat als de huidige beslissing (namelijk nauwelijks consequenties voor de lidstaten), laat ruimte aan het voortbestaan van verschillende morele benaderingen in de lidstaten (het staat lidstaten immers vrij om zelf een wettelijke bescherming van het embryo te treffen), en voorkomt onduidelijkheid over de gelding van één van de meest fundamentele rechten uit het EVRM. Bovendien had het Hof zo de problemen kunnen voorkomen die het tegenkwam in de volgende fase van zijn oordeel.

Doordat de beoordelingsmarge reeds haar effect krijgt in deze vroege fase van het oordeel in *Vo*, haalt het Hof zich enige moeilijkheden op de hals. Want hoe moet

837 *Concurring opinion* van Rozakis e.a. bij *Vo t. Frankrijk*.

het tot een oordeel komen wanneer het onduidelijk blijft of het verdragsartikel in kwestie überhaupt van toepassing is? De ‘creatieve’ oplossing van het Hof is *een hypothetische prenatale gelding van het recht op leven*: gesteld dat artikel 2 van toepassing is op ongeboren leven, dan nog is Frankrijk de positieve verplichtingen die uit artikel 2 voortvloeien nagekomen. Er stond immers ook een administratiefrechtelijke procedure open voor Vo. Via die rechtsgang heeft Frankrijk voldoende bescherming aan het hypothetische recht op leven van het ongeboren kind geboden, zo oordeelt het Hof. Dat de beroepstermijn reeds voorbij was toen Vo er gebruik van wilde maken, doet daar niet aan af. De conclusie luidt aldus dat zelfs wanneer er van artikel 2 een prenatale werking uit zou gaan, Frankrijk niet in strijd met zijn positieve verplichtingen heeft gehandeld. Met andere woorden, er is hoe dan ook geen sprake van verdragsschending. Het resultaat is dat de vraag of een embryo als een persoon in de context van artikel 2 moet worden begrepen, of wanneer het recht op leven begint, ook in deze zaak onbeantwoord blijft.

Ook na het Vo-arrest zijn aspecten van abortus aan de orde gesteld in een aantal EVRM-zaken. In deze uitspraken weet het Hof evenwel principiële uitspraken over de status van het embryo of de legalisering van abortus uit de weg te gaan. In deze zaken staat de weigering om een abortus op medische gronden te verrichten ter discussie.<sup>838</sup> Zowel in Ierland als Polen is abortus slechts toegestaan wanneer er sprake is van een medische indicatie. Bij beide klaagsters werd een dergelijke indicatie niet geacht aanwezig te zijn, zodat afbreking van hun zwangerschap niet werd toegelaten.

In *D. t. Ierland*<sup>839</sup> komt het Hof niet eens aan toetsing aan artikel 8 EVRM toe, aangezien de klaagster de nationale rechtsmiddelen volgens het Hof niet had uitgeput. In *Tysiact t. Polen*<sup>840</sup> wordt de klaagster wel in het gelijk gesteld. De feiten in deze zaak waren als volgt. Klaagster in kwestie had verzocht tot abortus van haar vrucht, aangezien zij van diverse artsen had begrepen dat zij het risico liep om ten gevolge van de bevalling blind of ernstig slechtziend te worden. De abortus werd haar in het ziekenhuis geweigerd aangezien volgens de behandelend arts een keizerssnede uitkomst kon bieden. Na de keizerssnede verslechterde het zicht van klaagster echter dusdanig, dat zij voortaan gehandicapt door het leven moest gaan.

Hoewel het Hof (in navolging van het hierna te bespreken *Evans*-arrest) overweegt dat artikel 8 eveneens een recht op autonomie omvat, wordt de verdragsschending niet in verband gebracht met een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de vrouw. Het Hof acht het meer in overeenstemming met de

838 Zie voor een vergelijking van beide uitspraken: H. Snijders-Borst, “Het Hof in Straatsburg brengt zichzelf in diskrediet. Beschouwing naar aanleiding van twee uitspraken inzake therapeutische abortus”, *NJB* 2008, 550, p. 638-641.

839 EHRM 28 juni 2006 (ontv. besl.), EHRC 2006, 135, m.nt. M. Claes (*D. t. Ierland*).

840 EHRM 20 maart 2007, EHRC 2007, 70, m.nt. H. Janssen (*Tysiact t. Polen*; *NJCM-Bull.* 2007, p. 497, m.nt. A. Hendriks).



aard van de zaak om de feiten te toetsen aan de positieve verplichtingen die de lidstaat heeft op grond van artikel 8. Dat wil zeggen, het Hof gaat na of de lidstaat heeft voldaan aan zijn verplichting om de lichamelijke integriteit van toekomstige moeders veilig te stellen.<sup>841</sup> Daarmee kan het Hof voorbij gaan aan de vraag of de lidstaat inbreuk heeft gemaakt op Tysiacs lichamelijke integriteit of zelfbeschikingsrecht, hetgeen in strijd zou zijn geweest met de negatieve verplichtingen van de lidstaat. De resulterende redenering is daarom bescheiden, en richt zich uitsluitend op de procedurele aspecten. Het Poolse abortusbeleid wordt niet in twijfel getrokken. Het gebrek aan procedurele mogelijkheden om de weigering een abortus te verrichten aan te vechten vormt voor het Hof voldoende aanleiding om tot schending van artikel 8 te concluderen, en daar beperkt het Hof zich toe.

Op die manier houdt het Hof zich in de jurisprudentie over vrijwillige en onvrijwillige abortus op de vlakte over zowel het recht op autonomie (artikel 8 EVRM) als de status van het embryo (artikel 2 EVRM). Een zaak over de implantatie van ingevroren embryo's brengt daarin op beide fronten enige verandering. Sterker nog, in deze zaak maakt de Grote Kamer van het Hof voor een deel een einde aan de onduidelijkheid over de prenatale werking van artikel 2 EVRM.

#### 4.3.3 Kunstmatige voortplanting

Kunstmatige voortplanting is tot op heden slechts in een handvol uitspraken van het Hof aan de orde geweest.<sup>842</sup> Het ligt echter in de lijn der verwachtingen dat men in een nabije toekomst, wanneer de medische biotechnologie in een verder gevorderd stadium verkeert, het gebruik van omstreden voortplantingstechnieken als kloneren en ectogenese, met een beroep op de mensenrechten zal gaan opeisen. In hoofdstuk 8 zal ik daar langer bij stilstaan.<sup>843</sup> Met name artikel 8 EVRM, dat het recht op respect voor zowel privé- als gezinsleven omvat, zal daarbij hoogstwaarschijnlijk een cruciale rol vervullen. Omvat dit recht eveneens het recht op voortplanting? En vloeit daaruit dan ook het recht voort om zo nodig gebruik te kunnen maken van bepaalde voortplantingstechnieken? Betekent het recht op voortplanting bovendien dat men het recht heeft om zich op een bepaalde manier voort te planten of om een bepaald type kind te krijgen?

Deze vragen vallen strikt genomen buiten de thematiek van dit hoofdstuk. Echter, de manier waarop het embryo deel uitmaakt van de strijd om toegang tot

<sup>841</sup> *Tysiack t. Polen*, r.o. 107-108.

<sup>842</sup> Op het moment van schrijven in twee zaken. Naast het hieronder te bespreken *Evans*-arrest, kan worden gewezen op een zaak waarin het verzoek van een gedetineerde om gebruik te maken van kunstmatige inseminatie centraal staat. In de zaak worden echter geen beschouwingen aan de status van het embryo gewijd. Zie EHRM 18 april 2006, *EHRC* 2006, 74, m.nt. E. Brems (*Dickson t. Verenigd Koninkrijk*). De zaak is ook voorgelegd aan de Grote Kamer: EHRM (Grote Kamer) 4 december 2007, *EHRC* 2008, 13, m.nt. E. Brems.

<sup>843</sup> Zie 8.2.4 en 8.4.2.

voortplantingstechnieken is typerend voor de bescherming die het embryo krijgt onder de subjectieve rechten en vrijheden. In de *Evans*-zaak, waarin de implantatie van ingevroren embryo's centraal staat, wordt bovendien een belangrijke overweging aan de status van het embryo gewijd.

Net als in *Vo* is er in *Evans t. Verenigd Koninkrijk* sprake van tragische omstandigheden. Tijdens een fertiliteitsbehandeling worden bij Natallie Evans tumoren aan de eierstokken ontdekt. Zij en haar partner J krijgen te horen dat de eierstokken zo snel mogelijk moeten worden verwijderd, maar dat het nog wel mogelijk is een aantal eicellen veilig te stellen voor een IVF-bevruchting. Evans wordt dringend afgeraden om de eicellen onbevruucht in te vriezen, aangezien dit risico's met zich brengt voor de latere bruikbaarheid. Na uitgebreid te zijn geïnformeerd over de procedure, stemmen Evans en J beiden toe in de bevruchting van Evans' eicellen met J's zaadcellen. De resulterende zes embryo's worden vervolgens ingevroren. Wegens de operaties die Evans moet ondergaan is het volgens de artsen raadzaam nog twee jaar te wachten met de implantatie van de embryo's.

Een half jaar later loopt de relatie van Evans en J op de klippen. J trekt daarop zijn toestemming in voor implantatie van de embryo's. Tijdens de voorlichting over de IVF-procedure waren Evans en J erop gewezen dat zij op basis van de Human Fertilisation and Embryology Act 1990 op ieder moment voorafgaand aan de implantatie hun toestemming kunnen intrekken. Het juridisch gevolg van intrekking is dat de embryo's moeten worden vernietigd. De 'bestaansgrond' van de embryo's valt op dat moment weg. Evans besluit daarop zowel de vernietiging van de embryo's als de geldigheid van J's beslissing aan te vechten. Voor haar hangt de mogelijkheid om nog kinderen te krijgen volledig af van het gebruik van deze embryo's. Hangende de procedure worden de embryo's daarom vooralsnog bewaard.

De Britse rechter gaat niet mee in Evans' redenering, en stelt J's belang om geen vader te willen worden boven Evans' belang om zich voort te kunnen planten. De rechters in Straatsburg sluiten zich daarbij haar aan. Haar klacht is weliswaar ontvankelijk, maar tot twee keer toe wordt zij in het ongelijk gesteld: eerst door de vierde Kamer van het Hof,<sup>844</sup> en vervolgens door de Grote Kamer, waarnaar de zaak wordt verwezen wegens het beroep dat Evans tegen de beslissing aantekent.<sup>845</sup> Hieronder wordt voornamelijk naar het oordeel van de Grote Kamer verwezen. Slechts daar waar de gewone Kamer afwijkt van de Grote Kamer, wordt uit de uitspraak van de gewone Kamer geciteerd.

844 EHRM 7 maart 2006, *EHRC* 2006, 47, m.nt. E. Brems (*Evans t. Verenigd Koninkrijk*; NJCM-bull. 2006, p. 863, m.nt. C. Forder en J. Whittingham).

845 EHRM (Grote Kamer) 10 april 2007, NJ 2007, 459, m.nt. J. de Boer (*Evans t. Verenigd Koninkrijk*; EHRC 2007, 73, m.nt. E. Brems).

Evans' eerste klacht luidt dat vernietiging van de embryo's een inbreuk vormt op het recht op leven van die embryo's. Daarmee wordt de discussie over het persoonsbegrip van artikel 2 EVRM heropend. De vierde Kamer verschuilt zich achter de overwegingen uit het *Vo*-arrest. Het Hof is nog altijd van mening dat het aan de lidstaten zelf is om een antwoord te formuleren op de vraag wanneer het recht op leven op leven begint. Dat het embryo onder Engels recht geen eigen rechten heeft is daarom niet in strijd met artikel 2.

De Grote Kamer lijkt op het eerste gezicht dezelfde route te volgen. Echter, op het einde van haar betoog over artikel 2 ontzegt de Grote Kamer bijna ongemerkt definitief het recht op leven aan de embryo's van Evans en J:

"The Grand Chamber, for the reasons given by the Chamber, finds that the embryos created by the applicant and J do not have a right to life within the meaning of Article 2, and that there has not, therefore, been a violation of that provision."<sup>846</sup>

Zonder er veel woorden aan vuil te maken, hakt de Grote Kamer hier eindelijk de knoop door: artikel 2 EVRM is niet van toepassing op embryo's *in vitro*. In de eerdere zaken over abortus waarin de status van het embryo aan bod kwam liet het Hof in het midden of embryo's nu wel of niet een recht op leven hebben. Het Hof kwam in al deze zaken tot een oordeel zonder een uitspraak te doen over het persoonsbegrip van artikel 2 EVRM. Het enige wat tot deze uitspraak buiten twijfel stond is dat abortus in de eerste veertien weken niet botst met artikel 2 EVRM (*X. t. Verenigd Koninkrijk*, *H. t. Noorwegen* en *Boso t. Italië*), dat een embryo behoort tot de menselijke soort (*Vo t. Frankrijk*) en dat het embryo enige bescherming verdient (*H. t. Noorwegen*). Daarbij moet worden opgemerkt dat al deze eerdere zaken embryo's *in utero* betroffen, ofwel embryo's die reeds zijn ingenesteld in het lichaam van de vrouw en zich dus in een veel latere fase bevinden dan de ingevroren embryo's van J en Evans. Vo's ongeboren vrucht was zelfs tussen de 20 en 24 weken oud. Dat verklaart wellicht de relatieve voortvarendheid van de Grote Kamer in deze zaak. De beslissing wordt niet uitbesteed aan de lidstaten, maar het Hof trekt hier zelf een eerste grens bij de afbakening van het persoonsbegrip van artikel 2. Voortaan staat vast dat embryo's *in vitro* niet als het subject van het recht op leven kunnen gelden ("een ieder"). Zij zijn uitgesloten van de werking van artikel 2.

Hoewel de Grote Kamer geen verdere overwegingen wijdt aan deze afbakening van het persoonsbegrip, lijkt het Hof te vooronderstellen dat er onder lidstaten consensus bestaat over de materie. Of die vooronderstelling juist is kan ik niet overzien, maar de uitspraak van het Hof sluit in ieder geval aan bij het Nederlandse en Franse recht. De aanpak van het Hof komt eveneens overeen met de constructie waarvoor Rozakis in zijn *separate opinion* bij het *Vo*-arrest pleitte. De voordelen van een dergelijke benadering zijn hierboven reeds aangestipt. Ten

<sup>846</sup> *Evans t. Verenigd Koninkrijk* (Grote Kamer), r.o. 56.

eerste wordt zo de situatie vermeden dat het Hof de betekenis van een van de kernbepalingen van het EVRM weigert nader te duiden. Daarnaast staat het lidstaten op grond van dit arrest nog altijd vrij om het embryo in vitro te beschermen. Sterker nog, dat het embryo in vitro volgens de Grote Kamer geen recht op leven heeft wil nog niet zeggen dat de Grote Kamer van mening is dat dit type embryo geen waarde heeft, of iedere beschermwaardigheid ontbeert. Wat het Hof hier wel stelt is dat het niet bereid is de beschermwaardigheid van het embryo in vitro in de vorm van een recht op leven ex artikel 2 EVRM te gieten. Het embryo in vitro is volgens het Hof geen menselijke persoon. Daarmee is niet uitgesloten dat het cryo-embryo wellicht als vorm van menselijk leven een bepaald respect verdient. Dat respect laat zich echter slecht uitdrukken in de taal van mensenrechten.

Het belang om in vrijheid voor het ouderschap te kunnen kiezen kan blijkens het vervolg van het arrest daarentegen wel goed worden geduid in termen van subjectieve rechten. Evans' tweede klacht luidt dat het Britse beleid in strijd is met haar recht op respect voor privé- en gezinsleven. In het oordeel van de gewone Kamer wordt voor het eerst in de EVRM-jurisprudentie van een "right to personal autonomy" gesproken. Daarmee wordt de ontwikkeling in de EVRM-rechtspraak die in hoofdstuk 3 is beschreven voortgezet. In *Pretty* was nog sprake van een *beginsel* van persoonlijke autonomie, in *Van Kück* werd dat een recht op seksuele zelfbeschikking, in *K.A. en A.D.* een recht om over het eigen lichaam te beschikken, en nu in 2006 dan een recht op persoonlijke autonomie. Zoals we hebben gezien bevestigt het Hof dit recht in 2007 in *Tysiack*.

De Grote Kamer sluit zich op dit punt aan bij de gewone Kamer van het Hof. Uit het recht op persoonlijke autonomie leidt de Grote Kamer niet alleen "the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent"<sup>847</sup> af, zoals de vierde Kamer al deed, maar spitst dit recht toe tot "the right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense".<sup>848</sup> De Grote Kamer kiest er echter niet voor om te bekijken of er inbreuk is gemaakt op dit recht, maar acht het meer in overeenstemming met de aard van de zaak om te kijken of de lidstaat wel zijn positieve verplichtingen op grond van dit recht is nagekomen. Bij een dergelijke toetsing pleegt het Hof na te gaan of de lidstaat een eerlijke afweging heeft gemaakt tussen de algemene en privé-belangen die in het geding zijn. Wat de individuele belangen betreft stelt het Hof voorop dat de belangen van beide partijen niet met elkaar zijn te verzoenen.<sup>849</sup> Als Evans het embryo mag laten implanteren betekent dat een inbreuk op J's recht op respect voor zijn beslissing om geen ouder te worden. Omgekeerd betekent respect voor J's beslissing dat Evans voorgoed de mogelijkheid wordt ontzegd zich voort te planten. In het kader

847 *Evans t. Verenigd Koninkrijk* (Grote Kamer), r.o. 71.

848 *Evans t. Verenigd Koninkrijk* (Grote Kamer), r.o. 72.

849 *Evans t. Verenigd Koninkrijk* (Grote Kamer), r.o. 73.

van de publieke belangen legt de Grote Kamer de nadruk op “the primacy of consent” en de rechtszekerheid.<sup>850</sup>

Van een grondige afweging van de algemene en individuele belangen komt het evenwel niet. De Grote Kamer overweegt dat IVF betrekking heeft op materie die ethisch gevoelig ligt, en aan snel op elkaar volgende wetenschappelijke ontwikkelingen raakt. De overeenstemming onder lidstaten op dit terrein is daardoor nog ver te zoeken. Onder die omstandigheden laat het Hof een ruime beoordelingsmarge aan de lidstaat.<sup>851</sup>

Binnen de marginale toetsing die de Grote Kamer vervolgens toepast, kent de Kamer een centrale rol toe aan het vereiste van *informed consent*. Daarbij hecht de Grote Kamer veel belang aan het feit dat Evans er zelf voor had gekozen om haar eicellen bevrucht in te laten vriezen, ook al heeft zij die beslissing gezien haar omstandigheden onder druk moeten nemen. Ook wijst de Kamer erop dat de beginselen die de lidstaat aan zijn beleid ten grondslag heeft gelegd, namelijk “respect for human dignity and free will”,<sup>852</sup> in overeenstemming zijn met de ratio van artikel 8 EVRM. Uiteraard had de overheid ervoor kunnen kiezen om binnen haar op informed consent gebaseerde beleid een uitzondering te maken voor bijzondere situaties als die waarin Evans zich buiten haar schuld bevond. Echter, binnen de smalle beoordelingsmarge die het Hof zichzelf heeft toegewezen is het vooral aan de lidstaat zelf om een dergelijke afweging te maken. Daarbij is het volgens het Hof eveneens van belang dat aan de Engelse embryowet een zorgvuldige en gefundeerde afweging vooraf is gegaan door middel van debatten, en onderzoeks- en adviescommissies.<sup>853</sup>

Gegeven de beperkte toetsingsmogelijkheden, ziet zowel de gewone als de Grote Kamer geen doorslaggevende reden om te oordelen “that the applicant’s right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense should be accorded greater weight than J’s right to respect for his decision not to have a genetically-related child with her”.<sup>854</sup> Met andere woorden, het Hof acht zich niet verplicht gewicht toe te kennen aan het feit dat de embryo’s Evans’ laatste kans zijn om een moeder in genetische zin te worden.

Hoewel bij toetsing van de zaak aan het recht op respect voor privéleven niet wordt ingegaan op de status van het embryo, onderstreept ook dit deel van het oordeel van het Hof hoe het embryo in deze context eerder als het object dan het subject van de mensenrechten functioneert. Evans’ wens om zich voort te planten kan immers worden uitgelegd als een aanspraak op de cryo-embryo’s. De rechten van de mens nemen in dit soort zaken de gedaante aan van rechten op menselijk

850 *Evans t. Verenigd Koninkrijk* (Grote Kamer), r.o. 74.

851 *Evans t. Verenigd Koninkrijk* (Grote Kamer), r.o. 81. De bewuste rechtsoverweging wordt in 3.3.1 aangehaald.

852 *Evans t. Verenigd Koninkrijk* (Grote Kamer), r.o. 89.

853 *Evans t. Verenigd Koninkrijk* (Grote Kamer), r.o. 86.

854 *Evans t. Verenigd Koninkrijk* (Grote Kamer), r.o. 90.

leven. Mathieu beschrijft dat als een transformatie *des droits de l'homme aux droits sur l'humain*.<sup>855</sup> Zodra artikel 8 EVRM wordt geïnterpreteerd als een recht om wel of niet voor het (genetisch) ouderschap te kiezen, wordt het embryo de inzet van voortplantingsrechten. Daarmee bevestigt deze jurisprudentie een tendens die door meerdere Franse rechtsgeleerden is bespeurd. Het embryo wordt in het biomedisch tijdperk steeds meer het object van subjectieve verlangens, een product van de biomedische praktijk dat kan worden opgeëist in het kader van het streven naar persoonlijke ontplooiing. Deze ontwikkeling wordt onderstreept door het oordeel van het Hof dat het embryo in vitro geen bescherming aan artikel 2 EVRM kan ontnemen. Het embryo is geen menselijke persoon met een recht op leven, maar vormt de inzet van het recht op persoonlijke autonomie dat in artikel 8 EVRM besloten ligt. Op die manier vormt de *Evans*-zaak een treffende illustratie van de manier waarop de objectivering van het embryo hand in hand gaat met de opkomst van het zelfbeschikkingsrecht in de context van het EVRM.

#### 4.4 Conclusie

Het menselijk embryo vormt zonder twijfel een vorm van menselijk leven. De consensus luidt dan ook dat het embryo op grond daarvan bescherming verdient. Welke vorm van bescherming blijft echter onduidelijk, ook in het recht. Om het embryo een juridische plaats te geven, is de notie van menselijk leven ontwikkeld. Hoewel het in de geest van de mensenrechten past om te spreken van de bescherming van ieder menselijk wezen, zoals met name blijkt in het Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Biogeneeskunde, is de kwalificatie van menselijk leven synoniem geworden voor een tweederangs status. Het menselijk leven in de vorm van het embryo is volgens Nederlands en Frans recht geen menselijke persoon, en wordt evenmin als zodanig beschermd. Ook aan het EVRM kan het embryo geen aanspraken als menselijke persoon ontnemen, alhoewel de precieze status van het embryo binnen dit kader onduidelijk blijft.

In vergelijking met de waardigheid van de menselijke persoon is het respect voor menselijk leven beperkt. Embryonaal menselijk leven mag in beginsel worden vernietigd, gedoneerd, gebruikt en verbruikt. Dat het embryo in deze gevallen toch niet geheel tot gebruiksvoorwerp is gereduceerd, komt doordat de toegestane handelingen aan een aantal voorwaarden moeten voldoen, zoals toestemming van de ouders, zorgvuldigheidseisen, en specifieke doelvereisten wanneer het gaat om onderzoek met de embryo's. Dat het embryo in de praktijk toch met meer respect wordt bejegend dan op grond van het basale respect voor menselijk leven is vereist, is het gevolg van bijkomende factoren. Deze bijkomende factoren worden in de Nederlandse en Franse rechtsdogmatiek verschillend uitgelegd.

---

855 Mathieu 2000, p. 13.

De heersende leer in Nederland legt de nadruk op de ontwikkeling die het embryo in fysieke zin en in zijn potentie doormaakt. Op grond daarvan zijn drie fasen te onderscheiden. De fase tussen conceptie en innesteling, tussen innesteling en levensvatbaarheid, en tussen levensvatbaarheid en geboorte. Binnen elk stadium in die ontwikkeling komt het embryo een vaste status toe. Ofschoon elementen van deze leer van de progressieve rechtsbescherming nog altijd herkenbaar zijn in de huidige regelgeving, heeft de Embryowet de statusleer voor een groot deel onderuit gehaald. In de Embryowet wordt binnen de verschillende stadia wel degelijk een onderscheid gemaakt in bescherming, naar gelang de omstandigheden en de intenties van de ouders. De belangrijkste tekortkoming van de theorie is dat in het geheel voorbij wordt gegaan aan de doorslaggevende rol die in de Embryowet aan de bedoelingen van de ouders wordt toebedeeld. Uiteindelijk is het binnen de grenzen van de wet aan de ouders om te beslissen over het lot van hun embryo's, hetgeen het meest eminent blijkt uit de wettelijke scheidslijnen tussen de verschillende typen embryo's. Deze categorieën embryo's zijn niet in te passen in het denkkader van de heersende leer. In dit denkkader is vrijwel uitsluitend ruimte voor afwegingen die berusten op de feitelijke ontwikkeling en zijnswijze van het embryo. In de Embryowet is daarentegen een functionele benadering dominant. Dat blijkt niet alleen uit de ruimte die de wet creëert voor de afweging van de bescherming van het embryo tegen de belangen van anderen. Ook werken deze afwegingen zelfs door in de afbakening van de te onderscheiden categorieën embryo's.

In het Franse rechtswetenschap is de functionele benadering die de wetgeving op dit terrein kenmerkt reeds vanaf de totstandkoming van de bio-ethiekwetten uit 1994 geconstateerd. Een belangrijke factor daarbij was de *Bioéthique*-uitspraak, waarin de Conseil Constitutionnel een scherp onderscheid maakte tussen embryo's *in vitro* en *in utero*. De segmentatie van de status van het embryo werd daardoor in een relatief vroeg stadium inzichtelijk.

In de rechtswetenschappelijke analyses van de categorieën van menselijk leven die de Franse wetgever in het leven heeft geroepen, worden de intenties van de ouders als belangrijkste achterliggende gedachte van de wettelijke bescherming van het embryo aangewezen. De conclusie die de rechtsdogmatiek daaraan verbindt is dat de bescherming van ongeboren menselijk leven blijkbaar vooral afhangt van de bedoelingen van de ouders. Daarmee heeft het embryo slechts een minimale intrinsieke waarde, en dankt zijn bescherming vooral aan de relatieve waarde voor zijn ouders. De bescherming die het embryo op grond van deze relatieve waarde krijgt kan nauwelijks maskeren dat er sprake is van zowel een vergaande objectivering van het embryo, als een subjectivering van het juridisch beginsel van respect voor menselijk leven.

De functionele benadering heeft echter niet alleen aanleiding gegeven tot kritiek, maar ook tot nadere gedachtevorming over het proces van menswording van het embryo zoals dat door het recht wordt gereflecteerd. Om persoon in juridische

zin te worden dient het embryo te worden ingevoegd in sociale en symbolische verbanden. Pas als het menszijn van menselijk leven ook op sociaal en cultureel niveau wordt erkend en herkend, is het humaniseringsproces compleet. Anders gezegd, de menswording van het embryo is juridisch gezien niet alleen afhankelijk van biologische, maar ook van relationele en culturele factoren.

Tot slot blijkt uit de EVRM-rechtspraak over het embryo, net als bij de rechtspraak over het menselijk lijk,<sup>856</sup> hoe moeilijk het is om de status van het embryo in termen van subjectieve rechten en vrijheden te duiden. Het Hof gaat uiterst behoedzaam met de materie om, en weigert principiële uitspraken te doen over de al dan niet persoonlijkheid van het embryo. Met name in het *Vo*-arrest wordt deze weigering uitgebreid gemotiveerd. De objectivering van het embryo in vitro is evenwel ook op Europees niveau onbetwist: uit de *Evans*-uitspraak blijkt dat dit embryo definitief geen recht op leven heeft. Blijkbaar is de consensus onder lidstaten over de status van het extracorporele embryo zo groot, dat het Hof op dit punt de knoop durft door te hakken. Op die manier is ook hier te zien hoe de subjectivering van juridische beginselen en begrippen de objectivering van het menselijk lichaam en het menselijk embryo tot gevolg heeft.

Verschillende thema's die in dit hoofdstuk naar aanleiding van de juridische status van het embryo zijn aangesneden, zullen in het volgende hoofdstuk terugkeren. In de problematiek rondom wrongful birth en wrongful life vorderingen komt de verhouding van het embryo tot zijn ouders, van het recht tot de biologische werkelijkheid en zelfs van het embryo tot zijn toekomstige zelf, wederom om aan bod. Sterker nog, de genoemde verhoudingen komen in deze vorderingen onder druk te staan.

---

856 Zie 3.3.6.





## 5 Wrongful birth en wrongful life

### Inleiding

“Mede ten gevolge van een medische fout heb ik het leven gekregen, maar moet ik ook veel lijden. Omdat ook dit lijden het gevolg is van de medische fout, vind ik dat de veroorzaker van die fout mee moet helpen om dit lijden te verzachten en mijn bestaan zo dragelijk mogelijk moet maken. Ik verwijt de veroorzaker van de fout niet het feit dat ik geboren ben [...].”<sup>857</sup>

Aldus de zesjarige<sup>858</sup> Kelly Molenaar voor de Haagsche rechtbank in de naar haar vernoemde zaak *Baby Kelly*.

Door een chromosomale afwijking is Kelly ernstig gehandicapt ter wereld gekomen. Zij kan niet lopen en praten, ziet en hoort slecht, heeft misvormde voetjes, herkent mensen nauwelijks, heeft last van astma en stoornissen aan de ingewanden, en is diverse malen aan haar hart geopereerd.<sup>859</sup> Haar afwijking is aangeboren. Met andere woorden, Kelly had, gegeven de huidige stand van de medische techniek, niet anders ter wereld kunnen komen dan in een gehandicapt lichaam. Toch is haar handicap of, zo men wil, haar gehandicapte leven als schadepost de inzet van een rechtzaak geworden. Via een zogenaamde *wrongful life claim* kan een gehandicapt kind als Kelly tegen zijn of haar aangeboren handicaps of gehandicapte leven (afhankelijk van de interpretatie van het rechtsgeschil) juridisch in verzet komen, wanneer een arts, verloskundige of ziekenhuis door een beroepsfout de mogelijkheid aan de ouders heeft ontnomen tot abortus van het kind. Voor de rechtbank klaagde Kelly zich, gelet op bovenstaand citaat, alleen over haar handicaps, maar voor het Gerechtshof te Den Haag gaf zij te kennen de verloskundige nu ook uitdrukkelijk te verwijten dat ze überhaupt geboren is.<sup>860</sup>

In 2005 heeft de Hoge Raad in zijn nu al historische *Baby Kelly* arrest<sup>861</sup> bepaald dat een *wrongful life* vordering naar Nederlands recht mogelijk en toewijsbaar is. Daarmee treedt de Nederlandse rechter met dit bijzondere oordeel in de voetsporen van zijn Franse collega's van de Cour de Cassation. In een jurisprudentie-lijn

857 Rechtbank Den Haag, 2 februari 2000, LJN-nummer AA4723, zaaknummer 96/1581 (*Baby Kelly*; *Njkort* 2000, 54), r.o. 6.6.

858 Ten tijde van de uitspraak van de rechtbank.

859 C. Kammer en E. Rosenberg, “Kelly krijgt haar leven vergoed”, *NRC* 27 maart 2003.

860 Hof Den Haag 26 maart 2003, *NJ* 2003, 249 (*Baby Kelly*).

861 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, m.nt. Vranken (*Baby Kelly*; *RvdW* 2005, 42).

beginnende bij de *Perruche*-uitspraak heeft de hoogste Franse rechter wrongful life vorderingen herhaaldelijk toegewezen. In 2002 besloot de Franse wetgever daar echter definitief een einde aan te maken. Met name als gevolg van de hevige publieke commotie die in Frankrijk uitbarstte rondom de juridische overwinning van de gehandicapte Nicolas Perruche (in de vorm van nationale debatten, petities, demonstraties en zelfs stakingen), zag de overheid zich genoodzaakt wettelijk in te grijpen. De resulterende wet, in de volksmond ook wel de *Loi Anti-Perruche* genoemd, bepaalt in het eerste artikel dat niemand vergoeding kan eisen voor schade die voortvloeit uit het enkele feit van zijn geboorte. Een eerste contrast met de Nederlandse situatie loopt daarmee onmiddellijk in het oog: namens het kabinet lieten minister van justitie Donner en staatssecretaris van volksgezondheid Ross-van Dorp kort na het *Baby Kelly*-oordeel van de Hoge Raad weten dat wetgeving als in Frankrijk niet in de lijn der verwachtingen ligt.<sup>862</sup>

Een interessante vraag is daarom hoe men in Frankrijk en Nederland tot zulke verschillende uitkomsten van de debatten rondom wrongful life heeft kunnen komen. Anders geformuleerd, op welke punten verschillen de argumentatieschema's die aan de Franse en Nederlandse einduitkomst ten grondslag lagen van elkaar? In dit hoofdstuk wil ik met name de rechtstheoretische implicaties van de juridische erkenning van wrongful life claims nader bekijken. Hebben Kelly Moleenaar en Nicolas Perruche hun 'deerniswekkende' leven vergoed gekregen, zoals de woorden luidden waarmee het Hof te Den Haag Kelly's leven bestempelde,<sup>863</sup> of slechts hun handicaps, al waren die aangeboren? Wat voor een persoonsbegrip spreekt uit een dergelijke vergoeding? Hoe krijgt het lichaam hier juridisch gestalte? Is toewijzing van de claim bovendien in strijd met de menselijke waardigheid, of is het onthouden van een fatsoenlijke vorm van schadevergoeding dat juist? En hoe treedt de jurist in dit soort zaken de biologische werkelijkheid tegemoet? We zullen zien dat de juridische weergave van de feiten op belangrijke punten afwijkt van een medisch-biologische visie op de gebeurtenissen.

Ook via de erkenning van *wrongful birth* vorderingen begeeft het recht zich verder op de weg van voortgaande juridificatie van lichaam en leven. Via deze vorderingen wordt niet door het kind, maar door zijn *ouders* schadevergoeding geëist voor de kosten die het gevolg zijn van de geboorte van een kind. De aansprakelijkheid voor die schade is wederom afhankelijk van een fout van een derde waardoor de moeder in verwachting is geraakt, of de ouders zijn verhinderd abortus te plegen. Het voornaamste verschil met wrongful life is gelegen in de persoon jegens wie de fout is gemaakt: in het geval van wrongful life is dat het kind, in het geval van wrongful birth zijn dat de ouders of alleen de moeder. Dikwijls gaat de wrongful life claim van het kind gepaard met een wrongful birth vordering van de ouders. Dat komt onder meer doordat de wrongful life claim vrijwel altijd door de ouders namens het kind wordt ingesteld, aangezien zij het kind in rechte

862 *Kamerstukken II* 2004/05, 29323, nr. 11.

863 Hof Den Haag 26 maart 2003, *NJ* 2003, 249, r.o. 23.

vertegenwoordigen. Op die manier is de wrongful life claim *de facto* meestal ook een vordering van de ouders, alhoewel het *de iure* de vordering van het kind is.

Alvorens in te gaan op de debatten rondom wrongful life, zal eerst de wrongful birth actie nader worden bekeken. De reden daarvoor is dat dit type geschil los van de wrongful life claim een eigen perspectief te bieden heeft op de menselijke waardigheid. In deze actie staat immers niet de verhouding van het subject tot zijn eigen geboorte of gehandicapte lichaam centraal, maar de verhouding van het kind, vóór en na zijn geboorte, tot zijn ouders. Evenals in wrongful life zaken is daarbij de geboorte, die het scharnierpunt van de juridische persoonlijkheid vormt, een factor die een heldere analyse bemoeilijkt. Kan het recht de geboorte van het kind wegabstraheren alsof de vordering slechts een doodgewone kwestie van aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht betreft? Of vormt de geboorte een biologisch feit waar het recht niet omheen kan, zodat schadevergoeding strijdig is met de menselijke waardigheid van het kind? En kan een beslissing in dit soort zaken nog wel binnen het schadevergoedingsrechtelijke kader worden gemaakt, of verlaten we daarmee strikt genomen de juridische context, om een ethisch en rechtspolitek kader te betreden?

De hierna volgende uiteenzetting over de wrongful birth vordering is bovendien een nadere illustratie van de mate waarin de menselijke waardigheid van het kind voor en na zijn geboorte doorwerkt in de relatie tot zijn ouders. Tot welke hoogte heeft het kind dat het object vormt van een wrongful birth actie een eigen waarde, en in hoeverre kan het onderworpen worden aan het zelfbeschikkingsrecht dat de ouders hebben ten aanzien van hun voortplanting en gezinsuitbreiding? Daarmee stelt ook dit vraagstuk de status van het ongeboren kind ter discussie. Nog meer dan in het vorige hoofdstuk zal daarbij de geboorte als overgangspunt naar volledige juridische persoonlijkheid worden bekeken.

## 5.1 Wrongful birth

### 5.1.1 Algemeen

Wrongful birth en wrongful life vorderingen maken pas sinds relatief korte tijd deel uit van de Nederlandse rechtsorde. De eerste wrongful birth claim werd pas in 1997 door de Hoge Raad gehonoreerd,<sup>864</sup> en, zoals iedereen inmiddels wel weet, vond de erkenning van wrongful life door de Hoge Raad plaats in 2005. Toch loopt het Nederlandse recht niet achter op de juridische ontwikkelingen in andere landen. Integendeel. Hoewel men in het buitenland sinds langere tijd met

<sup>864</sup> HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, m. nt. CJHB (*Wrongful Birth I*).

dergelijke zaken is geconfronteerd,<sup>865</sup> is Nederland op het moment van schrijven bijna het enige land ter wereld waar de wrongful life vordering door de hoogste nationale rechtsinstantie is toegewezen,<sup>866</sup> en één van de weinige landen waar de wrongful birth vordering ook bij de geboorte van een gezond kind wordt toegelaten.<sup>867</sup> Bovendien is het onwaarschijnlijk dat het *Baby Kelly*-arrest een unicum op nationaal niveau zal blijken te zijn. Nu de weg juridisch vrij is gemaakt voor zulke claims, zal ten gevolge van de uitdijende mogelijkheden van prenatale diagnostiek de potentiële aansprakelijkheid voor niet-ontdekte of niet tijdig ontdekte aandoeningen waarschijnlijk alleen maar toenemen.

Het gebrek aan internationale, juridische erkenning roept de vraag op waarin de bijzondere aard van deze vorderingen is gelegen. Waarom doen zij zoveel stof opwaaien binnen en buiten juridische kring? Op zichzelf bezien maken wrongful birth en life vorderingen immers deel uit van het gewone aansprakelijkheidsrecht. Wat deze zaken echter zo bijzonder maakt, is dat tussen de fout van de derde en de resulterende schade de geboorte van een kind staat, zoals Advocaat-Generaal Vranken in zijn conclusie bij het eerste wrongful birth arrest stelt.<sup>868</sup> De fouten in deze zaken (vooral beroepsfouten) resulteren niet alleen in vermogensschade en immateriële schade, maar ook in de ongewenste geboorte van een kind. De centrale vraag in deze zaken is daarom of het schadebegrip dat ten grondslag ligt aan de vorderingen een negatief waardeoordeel over het leven van het kind omvat, of dat in het recht de schade daarentegen los van het leven van het kind kan worden gedacht. In deze paragraaf zullen we een nadere blik werpen op de wrongful birth actie. In de rest van het hoofdstuk zal wrongful life centraal staan.

De term *wrongful birth* is een overkoepelende term voor een reeks van elkaar te onderscheiden situaties. Ten eerste valt te denken aan gevallen waarin de moeder door een fout van derden ongewild zwanger raakt. Hiervan is het eerste wrongful birth arrest van de Hoge Raad een goed voorbeeld. Een arts werd verzocht een spi-

865 Zie hierover C.J.J.M. Stolker, *Aansprakelijkheid van de arts: in het bijzonder voor mislukte sterilisaties* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.

866 Voor een rechtsvergelijkend overzicht zie onder meer H.C.F. Schoordijk, "Wrongful life mede vanuit rechtsvergelijkend perspectief", *NTBR* 2001-5, p. 212-218; C.J.J.M. Stolker en M.P. Sombroek-van Doorm, "De wrongful life-vordering: schadevergoeding of euthanasie?", *NTBR* 2003, nr. 9, p. 496-506; B. Sluijters, "Ongewenst leven, wrongful life", in: S.C.J.J. Kortmann en B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful birth en wrongful life*, Deventer: Kluwer 2004, p. 54; M.A.J.M. Buijsen, "In overeenstemming met de aard van de schade?", *NJB*, 2005, 16, p. 835-840. Zie daarnaast vooral ook Hartkamps conclusie bij het *Baby Kelly*-arrest. In enkele Amerikaanse staten is de wrongful life actie erkend, namelijk in Californië, New Jersey en Washington (zie noot Vranken bij *NJ* 2006, 606, sub 5) evenals in Israël door het Hooggerechtshof (bij arrest van 18 februari 1986). Ook in België heeft een rechtbank een wrongful life vordering toegewezen, zie Rb. Brussel 7 juni 2002, *TBBR* 2002, 483 en zie E. de Kezel, "Wrongful birth en wrongful life. Een stand van zaken", *NjW* 2004, p. 546-551.

867 Zoals blijkt bij vergelijking van de Nederlandse regeling met de Franse en Engelse regeling. Zie voor een overzicht de conclusies van A-G Vranken en P-G Hartkamp bij *Wrongful Birth I* en *Baby Kelly*.

868 Zie onder meer sub 18, 23 en 34 van zijn conclusie bij *Wrongful Birth I*.

raaltje te vervangen. Hij verwijderde het oude spiraaltje, maar vergat vervolgens een nieuwe te plaatsen, waardoor de vrouw in kwestie onverwachts en ongewenst in verwachting raakte van een derde kind. Een daarmee vergelijkbare situatie is het geval waarin de arts een vasectomie of sterilisatie niet correct uitvoert, zoals in het arrest *Wrongful Birth II*.<sup>869</sup> Sommige auteurs weigeren in deze gevallen van wrongful birth te spreken.<sup>870</sup> Volgens hen is er dan sprake van *wrongful conception*, of *wrongful pregnancy*, en niet van wrongful birth. Het kind is immers, of het nu gezond of gehandicapt ter wereld zal komen, alleen al door zijn conceptie ongewenst. Het arrest *Wrongful Birth I* had daarom eigenlijk *Wrongful Conception I* moeten heten, betoogt Buijsen.<sup>871</sup> De terminologie is inderdaad verwarrend, en wordt terecht bekritiseerd.<sup>872</sup> Ik sluit me aan bij het taalgebruik van A-G Vranken in zijn conclusie bij *Wrongful Birth I* en beschouw de wrongful conception vordering toch als een vorm van *wrongful birth*, aangezien zij evengoed een eis omvat tot vergoeding van de kosten die voortvloeien uit de ongewenste geboorte.

Niet alleen komen wrongful conceptions tot stand als gevolg van medische beroepsfouten, maar ook is het mogelijk dat voorbehoedsmiddelen zoals de pil of zaaddodende pasta niet naar behoren hebben gefunctioneerd door een fabrieksfout. Daarmee betreedt men het terrein van de productaansprakelijkheid. Tot slot doet zich een heel andere vorm van wrongful conception voor in het geval van verkrachting die resulteert in ongewenste zwangerschap. In Frankrijk hebben dergelijke zaken zich voorgedaan, zoals in 5.1.3 nog naar voren zal komen.

Naast de wrongful conception vorderingen zijn er de gevallen van wrongful birth waarin zwangerschap *an sich* niet ongewenst was, maar de ouder of ouders aan de medisch verantwoordelijken te kennen hebben gegeven dat zij niet aan de zwangerschap willen beginnen, of die willen afbreken, indien het kind aan een bepaalde aandoening zal lijden. Als het gehandicapte of zieke kind vervolgens als gevolg van een medische beroepsfout toch ter wereld komt, stellen de ouders de arts, de verloskundige, het ziekenhuis of laboratorium aansprakelijk voor de geboorte van het kind. Bij een medische fout moet men vooral denken aan verwijtbare nalatigheid van de arts of verloskundige om de aangeboren aandoening tijdig of überhaupt te ontdekken. Onder “tijdig” kan zowel vóór als tijdens de zwangerschap worden verstaan. Zo kan een arts worden verweten dat hij de ouders *voorafgaand* aan de zwangerschap niet juist heeft ingelicht over erfelijke ziektes waarmee het kind kan zijn belast, hetgeen zich in de bekende Israëliëse

869 HR 9 augustus 2002, *RvdW* 2002, 132 (*Wrongful Birth II*).

870 Zie onder meer Buijsen 2005, p. 835; A.L.M. Keirse, “Een prijskaartje van zelfbeschikking; over wrongful conception, wrongful birth, adoptie en abortus”, *AA* 2004-9, p. 607; J.M. Piret, “De juridisering van menselijke relaties en de legitimiteit van wrongful birth en wrongful life claims”, 28 november 2003, <[www.frg.eur.nl/arw/rf/wrongful\\_life\\_and\\_wrongful\\_birth.pdf](http://www.frg.eur.nl/arw/rf/wrongful_life_and_wrongful_birth.pdf)>, p. 6>.

871 Buijsen 2005, p. 835.

872 Zie C.H. Sieburgh, “Het zijn en het niet. De beoordeling in rechte van de gevolgen van een niet-beoogde conceptie of geboorte”, in: S.C.J.J. Kortmann en B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful birth en wrongful life*, Deventer: Kluwer 2004, p. 67; en P-G Hartkamp in zijn conclusie bij *Baby Kelly*, sub 12.

wrongful birth en life-zaak uit 1986 voordeed.<sup>873</sup> De feiten van de *Baby Kelly*-zaak zijn een voorbeeld van de tweede situatie: de verloskundige had *tijdens* de zwangerschap onderzoek moeten verrichten naar mogelijke chromosomale aan- doeningen.

Hoewel de wrongful birth claim omstreden blijft, is niet te ontkennen dat de geboorte van een kind verstreckende gevolgen met zich meebrengt voor de ouders, zowel financieel als immaterieel. Op financieel terrein zijn daar de kosten voor opvoeding, verzorging, en, in het geval van een gehandicapt kind, de extra kosten die voortvloeien uit de handicap. Bij immateriële schade kan men denken aan de wijze waarop de medische fout bestaande toekomstplannen ernstig door- kruist, met name de gezinsplanning natuurlijk, of de intensiteit van de zorg die aan het gehandicapte kind moet worden besteed. Wordt het kind op die manier gereduceerd tot een schadepost (materiële schade) en bron van leed (immateriële schade)?

In Nederland is het debat rondom de wrongful birth claim inmiddels ver- stomd. Over bijvoorbeeld de vordering van Kelly's ouders tot schadevergoeding is nauwelijks gerept in de debatten naar aanleiding van het oordeel van de Hoge Raad in 2005. Zoals Vranken reeds constateerde in zijn conclusie bij het eerste wrongful birth arrest: "In Nederland hebben zich tot nu toe in de discussie over "wrongful birth"-vorderingen geen principiële tegenstanders gemeld. Er zijn slechts meer of minder genuanceerde voorstanders."<sup>874</sup> Die situatie heeft zich sindsdien blijkbaar gehandhaafd.

Toch is de huidige Nederlandse stilte rondom de wrongful birth claim niet vanzelfsprekend. Van verschillende kanten zijn er destijds een aantal fundamen- tele bezwaren gemaakt tegen toekenning van de wrongful birth claim. De con- troverse trad ook bij de totstandkoming van het oordeel in *Wrongful Birth I* aan de oppervlakte, gezien het meningsverschil tussen A-G Vranken en de Hoge Raad. Bovendien lijken de juridische ontwikkelingen in het Duitse, Franse en Engelse recht omtrent wrongful birth nog steeds in beweging en beroering.<sup>875</sup> In Duits- land zorgde het Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in 1993 voor onrust, met een uitspraak die echter in 1997 door de andere senaat van het Bundesverfassungs-

873 Israëlsch Hooggerechtshof, 18 februari 1986 (*Saul Katz c.s. t. Rinah Zeitsov*; arresten vol 40(2) 1986). Zie Schoordijk 2001, p. 217 en G.A. den Hartogh (2005a), "Het filosofisch gehalte van de medische ethiek. De casus 'wrongful life'", in: J. Braeckman, B. De Reuver en T. Vervisch (red.), *Ethiek van DNA tot 9/11*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2005, p. 19-20.

874 Conclusie, sub 11.

875 Voor een overzicht zie de conclusie van P-G Hartkamp bij *Baby Kelly*, sub 25-28, en van A-G Vranken bij *Wrongful Birth I*, sub 11-22. Zie verder J.M. Smits, "Constitutionalisering van het ver- mogensrecht", in: *Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking* 2003, Deventer: Kluwer 2003, nr. 54; en W. van Gerven, J. Lever en P. Larouche, *Tort law. Cases, materials and text on national, supranational and international tort law*, Oxford: Hart Publishing 2000, p. 77 e.v. Het arrest *Cattanach v. Melchior* [2003] HCA 38 van de High Court of Australia biedt een goed overzicht van de internationale jurisprudentie op het gebied van wrongful birth claims bij de geboorte van een gezond maar ongepland kind.

gericht weer werd ontkracht (zie hieronder). In Engeland haalde de House of Lords in 1999 een 15 jaar oude jurisprudentie-lijn onderuit waarin tot dan toe wrongful birth claims in verband met de geboorte van een ongepland maar gezond kind in de regel werden toegewezen.<sup>876</sup> Vanaf het oordeel uit 1999 (het zogenaamde *McFarlane*-oordeel)<sup>877</sup> komen de opvoedings- en verzorgingskosten voor dergelijke kinderen echter niet meer voor compensatie in aanmerking. Slechts in bijzondere gevallen, zoals wanneer de moeder aan een bepaalde handicap lijdt, worden de kosten die met die bijzondere omstandigheid samenhangen vergoed.<sup>878</sup> Wat de situatie in Frankrijk betreft heeft de Loi Anti-Perruche uit 2002 niet alleen gevolgen voor wrongful life claims teweeg gebracht, maar ook de tot dan toe bestaande mogelijkheden voor wrongful birth vorderingen drastisch ingeperkt. Daarover later meer. Dat de kritiek op wrongful birth claims in Nederland naar de achtergrond is verschoven is daarom waarschijnlijk vooral toe te schrijven aan het feit dat de wrongful life claim inmiddels alle aandacht heeft opgeëist.

### 5.1.2 *Wrongful birth in Duitsland*

Voor een beter begrip van de controversiële aspecten van wrongful birth is een kortstondige blik op de Duitse jurisprudentie interessant. Zij is van grote invloed geweest op het oordeel van de Hoge Raad in *Wrongful Birth I*. Daarnaast kon de menselijke waardigheid als juridisch beginsel een grotere rol spelen in de Duitse discussies aangezien zij, in tegenstelling tot de Nederlandse situatie, grondwettelijk is verankerd.

In Duitsland werd de kritiek op wrongful birth claims in 1993 onverwacht verwoord door de tweede senaat van het Bundesverfassungsgericht in het kader van zijn oordeel in de zaak *Schwangerschaftsabbruch II*. Hoewel de hoofdvraag van het arrest de grondwettigheid van abortus betrof, wijdde de senaat ongevraagd ook enkele gedachten aan de legitimiteit van wrongful birth vorderingen, die reeds vanaf begin jaren tachtig door de Duitse rechter pleegden te worden toegewezen. Volgens de tweede senaat is toekenning van dergelijke claims in strijd met een ieders recht op onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid, zoals is vastgelegd in het eerste artikel van de Grondwet:

“Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt hingegen von Verfassungs wegen (art. 1 I GG) nicht in Betracht. Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten, [...], verbietet es, die Unterhaltsverpflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen. Die Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Haftung für ärztliche Be-

<sup>876</sup> Voor een beschrijving van die jurisprudentie, zie Lord Roger of Earlsferry 2004.

<sup>877</sup> House of Lords, 24 november 1999: *McFarlane v. Tayside Health Board* [2000] 2 AC 59.

<sup>878</sup> In dit geval was er sprake van een aangetast gezichtsvermogen van de moeder. Zie House of Lords, 13 oktober 2003: *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2003] 1 AC 309.



ratungsfehler oder für fehlgeschlagene Schwangerschaftsabbrüche [...] ist im Blick darauf der Überprüfung bedürftig.”<sup>879</sup>

Hoewel de kritiek van het Bundesverfassungsgericht ook duidelijk was gericht op de sinds 1983 bestaande *wrongful birth*-jurisprudentie van het Bundesgerichtshof (BGH), toonde deze laatste zich in daarop volgende oordelen weinig bereidwillig om de koers te verleggen.<sup>880</sup> Blijkbaar achtte het Bundesgerichtshof zich niet gebonden aan de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht omdat zij bij wijze van *obiter dictum* zou zijn gedaan.<sup>881</sup> Bovendien deelde het Bundesgerichtshof de mening van het Bundesverfassungsgericht dat het bestaan van een kind nooit als schadepost mag worden aangemerkt, maar dat had het Bundesgerichtshof naar eigen zeggen dan ook nooit gedaan. Het toekennen van schadevergoeding voor de kosten van opvoeding en verzorging wordt gebaseerd op een vergelijking van de situatie met die kosten en zonder die kosten voor de ouders. Uitdrukkelijk ontkennde het Bundesgerichtshof daarbij dat “*die Nichtexistenz des Kindes als positiver, seine Existenz als negativer Vermögensfaktor*” zou worden opgevat.

Een aantal jaren later werd het Bundesgerichtshof daarin bijgevallen door opvallend genoeg de eerste senaat van het Bundesverfassungsgericht.<sup>882</sup> Het resultaat was dat de eerste en tweede senaat van dezelfde instantie elkaar op dit punt in het geheel niet kunnen vinden.<sup>883</sup> Volgens de eerste senaat was de uitspraak van de tweede senaat inderdaad slechts een *obiter dictum* geweest waaraan noch het Bundesgerichtshof, noch de tweede senaat zelf, zich gebonden hoefden te voelen. Bovenal had het Bundesgerichtshof volgens de eerste senaat terecht geoordeeld dat toewijzing van *wrongful birth* claims niet in strijd met de menselijke waardigheid is. Daarmee ontstond, “een onhoudbare en onwerkbare situatie”, zoals Vranken naar aanleiding van deze jurisprudentie schrijft. “De instantie die bij uitstek de eenheid van de rechtspraak moet bewaken, heeft zich in *wrongful birth*-zaken zelf buiten spel gezet.”<sup>884</sup>

### 5.1.3 *Wrongful birth in Nederland*

Het is op zijn minst opzienbarend te noemen dat twee segmenten van hetzelfde constitutioneel gerechtshof tot een tegengestelde lezing van de problematiek komen. Toch zien we in Nederland een dergelijke scherpe tweedeling als binnen

879 BVerfG 28 mei 1993, BVerfGE 88, 203, 296 (*Schwangerschaftsabbruch II*; NJW 1993, 2407).

880 BGH 16 november 1993, NJW 1994, p. 788; BGH 27 juni 1995, NJW 1995, 1609.

881 Zoals twee rechters van het BVerfG al hadden betoogd in hun *dissenting opinion* bij *Schwangerschaftsabbruch II*.

882 BVerfG 12 november 1997, BVerfGE 96, 375 (*Sterilisation*; NJW 1998, 519).

883 Zie in dat verband ook de officiële reactie van de tweede senaat op de uitspraak van de eerste senaat: NJW 1998, 523.

884 J.B.M. Vranken, “Wrongful birth-zaak splitjt Duits Bundesverfassungsgericht”, NJB 1998, nr. 22, p. 991.

het Bundesverfassungsgericht terugkeren bij de totstandkoming van het eerste wrongful birth arrest van Nederland.

Het geval van *Wrongful Birth I* betrof, zoals reeds beschreven, nalatigheid van een arts bij het plaatsen van een spiraaltje. Het Duitse debat heeft duidelijk zijn sporen achtergelaten op het eindoordeel van de Hoge Raad en bijbehorende conclusie van A-G Vranken. Men kan grofweg stellen dat de Hoge Raad heeft gekozen voor de juridische constructie van het Bundesgerichtshof en de eerste senaat van het Bundesverfassungsgericht, terwijl Vranken in zijn conclusie juist de benadering van de tweede senaat hanteert. Voornaamste verschil in benadering tussen de A-G en de Hoge Raad betreft de vraag of het mogelijk is een onderscheid te maken tussen het bestaan van het kind als unieke persoon aan de ene kant, en de opvoedings- en verzorgingskosten als schadepost aan de andere kant. Het eindresultaat is bekend: de Hoge Raad wees de vordering van de moeder toe.

Reeds het Hof te Leeuwarden<sup>885</sup> toonde aarzeling bij het kwalificeren van de kosten van opvoeding en verzorging als vermogensschade.

“Waar het dragen van de kosten van verzorging en opvoeding door de ouders voortvloeit uit de natuurlijke en door de wet erkende plicht van ouders om hun kinderen te verzorgen en op te voeden, vormen de kosten van verzorging en opvoeding niet zonder meer rechtens voor vergoeding in aanmerking komende schade in de zin van het vermogensrecht.”<sup>886</sup>

Met andere woorden, volgens het Hof vallen dergelijke kosten mogelijk buiten het bereik van het schadevergoedingsrecht. Opvoeding en verzorging maken deel uit van het familierecht, waarin het recht en de plicht van de ouders om hun kinderen te verzorgen en op te voeden immers is neergelegd (artikel 1:247 BW). Om die reden komen volgens het Hof slechts in bijzondere omstandigheden dergelijke kosten voor vergoeding in aanmerking, zoals wanneer de geboorte van het kind resulteert in ernstige financiële moeilijkheden.<sup>887</sup> In dit geval was daar volgens het Hof geen sprake van zodat de vordering niet werd toegewezen.

Vranken sluit zich in hoofdzaak bij dit oordeel aan, en voorziet het in zijn uitgebreide conclusie van een doorwrochte motivering. De traditionele functie van het schadevergoedingsrecht, zo betoogt hij, is gericht op het herstellen van de oorspronkelijke waarde van een goed of belang via financiële compensatie. Daarbij dient als uitgangspunt dat het beschadigde goed of belang intrinsiek waardevol is. De schadevergoeding is bedoeld om de waarde van het goed zoveel mogelijk weer op het niveau van vóór de schadetoebrengende gebeurtenis te brengen. Ter bepaling van de schade dient de huidige situatie te worden vergeleken met de situatie voordat de schade intrad. Met andere woorden, de schade moet

885 Gerechtshof Leeuwarden, 27 september 1995.

886 Zie r.o. 8.

887 Zie r.o. 9.

worden weggedacht. Wanneer deze gedachtegang ongewijzigd wordt toegepast op de wrongful birth kwestie, is het te beschermen goed een leven zonder het ongeplande kind. Met andere woorden, het is *het leven van het kind* dat dan moet worden weggedacht ter bepaling van de hoogte van de schade. Vranken betoogt dat een dergelijke, puur schadevergoedingsrechtelijke benadering niet kan volstaan in deze context:

“Het minst bevredigend, mijn inziens zelfs ronduit onjuist, is het wanneer men de oplossing zou willen zoeken op het niveau van de dogmatiek, bijvoorbeeld in het begrip schade of in de gezinsplanning als persoonlijkheidsrecht. Dogmatiek is niet meer dan de inkadering van de initiële keuze in het bestaande systeem. De rechtvaardiging van de initiële keuze ligt elders. Op dat niveau dient zich dan ook de argumentatie te bewegen.”<sup>888</sup>

Het principiële punt waarvan Vranken zich niet kan losmaken is dat het kind volgens de logica van het schadevergoedingsrecht als schadepost moet worden opgevoerd.<sup>889</sup> De argumentatie dient zich daarom volgens Vranken op een ander niveau te bewegen: dat van de menselijke waardigheid.

Voor een nadere motivering van zijn standpunt in de discussie, waarin wegens de aard van de materie volgens Vranken onvermijdelijk “allerlei niet of moeilijk rationaliseerbare overtuigingen en waarden” mede een rol spelen, welk standpunt men ook inneemt,<sup>890</sup> verwijst Vranken naar het werk van de Duitse rechtsgeleerde Picker. Volgens Picker, en blijkbaar Vranken dus, kan het wegdenken van het kind ten behoeve van het bepalen van de schade in een wrongful birth zaak nooit gerechtvaardigd zijn in een rechtsorde die de waarde van de mens hoog in het vaandel houdt.

“Dientengevolge gaat het bij een ‘wrongful birth’-vordering tot vergoeding van de opvoedingskosten van een kind niet alleen om de belangen van de arts en van (het recht op gezinsplanning van) de ouders, maar tevens om de unieke waarde van het kind als mens. Dat is een waarde die niet ter vrije beschikking staat, noch van de ouders, noch van de arts, noch van het recht.”<sup>891</sup>

In deze redenering wordt het spanningsveld duidelijk waarbinnen de A-G en de Hoge Raad zich een oordeel moeten vormen. De eerste pool van dat veld wordt gevormd door de “unieke waarde van het kind als mens”, een waarde die volgens Picker en Vranken niet open staat voor subjectieve interpretatie. Dat doet onmiskenbaar denken aan het beginsel van *menselijke waardigheid in haar col-*

---

<sup>888</sup> Conclusie, sub 23.

<sup>889</sup> Conclusie, sub 30.

<sup>890</sup> Conclusie, sub 30.

<sup>891</sup> Conclusie, sub 19.

*lectieve dimensie*, ofwel de kantiaanse interpretatie van menselijke waardigheid, op grond waarvan geen mens louter als middel of zaak mag worden behandeld. Toegepast in deze context verzet de waardigheid van het kind zich tegen de juridische voorstelling van zijn leven als schadefactor en bron van leed. Een dergelijke opvatting moet voorkomen dat het kind de rest van zijn leven zal denken: “ik ben het resultaat van wanprestatie”, zoals Nieuwenhuis polemisch stelt.<sup>892</sup> Een ieders leven is uniek en even waardig, en om die reden mag de geboorte van een kind ook binnen het recht niet worden geconstrueerd als inbreuk op de vrijheid van de ouders hun leven naar hun eigen ideeën in te richten, zo zou deze benadering kunnen worden samengevat. Op die manier zou het leven van het kind ondergeschikt worden gemaakt aan het leven van zijn ouders, voor wie zijn leven immers een schadepost vormt.

De Duitse filosoof Habermas zet nog een stap verder, en brengt de wrongful birth claim in zijn boek *Die Zukunft der menschlichen Natur* in verband met de algemene vervaging tussen personen en zaken die het gevolg is van de biomedische ontwikkelingen. Op het moment dat ouders, zoals in de *Baby Kelly*-zaak, zich in rechte beklagen over genetische defecten van hun kind, die de arts tijdig had kunnen waarnemen, en vervolgens schadevergoeding krijgen voor de geboorte van het kind, begint er volgens Habermas een nieuwe vorm van productaansprakelijkheid te ontstaan, waarbij het kind het product in kwestie vormt:

“[...] sobald Erwachsene eines Tages die wünschenswerte genetische Ausstattung von Nachkommen als formbares Produkt betrachten und dafür nach eigenem Gutdünken ein Passendes Design entwerfen würden, übten sie über ihre genetisch manipulierten Erzeugnisse eine Art der Verfügung aus, die in die somatischen Grundlagen des spontanen Selbstverhältnisses und der ethischen Freiheit einer anderen Person eingreift und die, wie es bisher schien, nur über Sachen, nicht über Personen ausgeübt werden dürfte. Dann könnten die Nachgeborenen die Hersteller ihres Genoms zur Rechenschaft ziehen und für die aus ihrer Sicht unerwünschten Folgen der organischen Ausgangslage ihrer Lebensgeschichte verantwortlich machen. Diese neue Struktur der Zurechnung ergibt sich aus der Verwischung der Grenze zwischen Personen und Sachen – wie heute schon im Falle jener Eltern eines behinderten Kindes, die auf dem Wege der Zivilklage ihre Ärzte für die materiellen Folgen einer pränatalen Fehldiagnose verantwortlich machen und ‘Schadenersatz’ verlangen, so als erfülle die wider medizinische Erwartung aufgetretene Behinderung den Tatbestand einer Sachbeschädigung.”<sup>893</sup>

892 J.H. Nieuwenhuis, “Zij die niet geboren hadden mogen worden, groeten u”, *NJB* 1997-11, p. 478.

893 J. Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt: Suhrkamp 2005, p. 29-30.

Met andere woorden, Vranken, Picker en Habermas wijzen erop dat toewijzing van wrongful birth claims een ontkenning kan vormen van de inherente en unieke waarde van het kind in kwestie: zijn menselijke waardigheid. Schadevergoeding reduceert de *persoon* en het leven van het kind tot een *kostenplaats*, en volgens Habermas zelfs tot een product, ofwel een *zaak* met een bepaalde prijs.

Aan de andere kant van de af te wegen belangen bevindt zich het zelfbeschikkingsrecht van de ouders, dat later, in het *Baby Kelly*-arrest, door de Hoge Raad als een fundamenteel recht zal worden bestempeld.<sup>894</sup> De ouders mochten erop vertrouwen dat er een voorlopig einde aan hun gezinsuitbreiding was gekomen. Dat dit vertrouwen vervolgens door de arts werd geschonden, levert zonder enige twijfel wanprestatie van de kant van de arts op. De materiële schade is eveneens onmiddellijk duidelijk: als het kind niet was geboren, zouden de ouders geen kosten voor opvoeding en verzorging hebben gehad. De immateriële schade bestaat in de doorkruising van de gezinsplanning van de ouders. Met andere woorden, schadevergoedingsrechtelijk zijn de feiten helder: er is een norm geschonden (de arts is zijn verplichting niet nagekomen), en er is aantoonbare schade (de levenskosten van het kind totdat het meerderjarig is en een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de ouders). Moet het recht dat de ouders hebben op vrijheid van gezinsplanning dan vervolgens toch aan de kant worden geschoven omdat de waardigheid van het kind in het geding zou zijn? Evenzeer kan worden beredeneerd dat een schadevergoeding de ouders juist helpt om het kind een zo menswaardig mogelijk bestaan te bieden. De interpretatie van menselijke waardigheid die hier wordt gegeven sluit aan bij *menselijke waardigheid in haar individuele dimensie*.

Hoewel Vranken er naar eigen zeggen uiteindelijk niet in slaagt “een scherpe grens te trekken tussen enerzijds de erkenning van de waarde van het kind en anderzijds het onloochenbare feit dat de arts inbreuk heeft gemaakt op het recht van de vrouw haar leven naar eigen inzicht in te richten”,<sup>895</sup> laat hij de unieke waarde van het kind als persoon in zijn eindoordeel de doorslag geven ten koste van het zelfbeschikkingsrecht van de ouders. Deze uitkomst van zijn afweging tussen beide beginselen is echter niet zo absoluut als Picker propageert, maar laat ruimte voor een aantal uitzonderingen. Vranken somt daartoe enige factoren van belang op, zoals de financiële situatie van het gezin en of het kind gehandicapt is.<sup>896</sup> Op die manier hoopt Vranken een juiste balans te vinden tussen de enigszins hardvochtige, principiële benadering van Picker aan de ene kant, en een louter pragmatische, schadevergoedingsrechtelijke benadering aan de andere

894 Zie hoofdstuk 6.

895 Conclusie, sub 31.

896 Conclusie, sub 31 io. 26.

kant.<sup>897</sup> Vrankens uiteindelijke stellingname in het debat over de toelaatbaarheid van een schadevergoeding voor een wrongful birth actie luidt daarom: “in beginsel neen, tenzij.”<sup>898</sup> In dit concrete geval zijn wat hem betreft de grenzen van het schadevergoedingsrecht bereikt. Overigens lijkt Vranken jaren na zijn conclusie bij het arrest in zijn tweede *Algemeen Deel* van de Asser-reeks zijn oordeel van destijds te onderstrepen, wanneer hij beschrijft hoe de klaagster in de zaak na het arrest in een interview te kennen gaf dat het haar nooit om de schadevergoeding te doen was geweest, maar slechts om emotionele genoegdoening.<sup>899</sup> Haar arts had haar nogal bot bejegend, en het recht liet haar geen andere mogelijkheid om haar gelijk te halen dan via een vordering tot schadevergoeding voor de kosten van het leven van het kind. Men zou dus kunnen zeggen dat zelfs de klaagster in kwestie het kind op geen enkel moment als een bron van schade beschouwde. De rechtzaak diende slechts als een middel tot erkenning van de onheuse bejegening door haar arts.

Ondanks de krachtige conclusie van Vranken, komt de Hoge Raad tot een tegengesteld oordeel, waarin eveneens zeer scherp wordt geredeneerd. De Hoge Raad constateert vermogensschade als gevolg van de geboorte van het kind, en wijst de vordering van de moeder tot vergoeding van de volledige kosten van opvoeding en verzorging toe. Vanaf dat moment kent Nederland zijn eerste toewijzing van een wrongful birth actie. In de onderbouwing van zijn arrest ontkent de Hoge Raad met klem dat het kind door toewijzing van de vordering als schade of schadefactor wordt gezien. “Het gaat immers uitsluitend om vergoeding voor de extra last die als gevolg van de fout van de arts op het gezinsinkomen wordt gelegd en die juist door de aanvaarding van het kind ontstaat”, zo redeneert de Hoge Raad.<sup>900</sup> Gegeven het feit dat het kind is geboren, en dat de ouders het kind ten volste hebben geaccepteerd en het een zo goed mogelijke opvoeding en verzorging willen geven, is een uitgebreide schadevergoeding op haar plaats. Deze benadering zal de Hoge Raad niet alleen in *Wrongful Birth II* herhalen ten aanzien van een kind dat was geboren als gevolg van een mislukte vasectomie, maar ook in het *Baby Kelly*-arrest, waar het kind *an sich* gepland was, maar de handicap niet. Ook in

897 Conclusie, sub 27.

898 Conclusie, sub 29.

899 In de woorden van Vranken had de vrouw “de arts alleen aansprakelijk had gesteld omdat hij haar zo onheus had bejegend. Hij had namelijk haar opmerking dat ze geen gezinsuitbreiding meer had willen hebben, beantwoord met een: zeur niet, mens. Wees blij dat je een gezond kind hebt. Die botheid kon de vrouw niet verdragen. Ze heeft haar vordering ingekleed als schadevergoeding, maar het geld (dat ze best kon gebruiken) wil ze zelf niet eens hebben. Ze heeft haar genoegdoening al doordat de arts aansprakelijk is gehouden. Alleen: ze heeft die genoegdoening slechts kunnen krijgen door niet te zeggen waar het haar om te doen was. Had ze haar echte argumenten en beweegredenen genoemd, dan zou ze bot hebben gevangen” (J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel* \*\*\*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 66).

900 *Wrongful Birth I*, r.o. 3.8.

dat laatste geval kende de Hoge Raad schadevergoeding toe voor alle kosten van opvoeding en verzorging, en niet alleen voor de extra kosten die samenhangen met haar handicaps.<sup>901</sup>

Deze gedachtengang kan volgens de woorden van de Hoge Raad in *Wrongful Birth I* niet

“worden gezegd in strijd te komen met de menselijke waardigheid van het kind als mens of zijn bestaansrecht te ontkennen. Integendeel mag, mede in het belang van het kind, aan de ouders niet de mogelijkheid worden onthouden om ten behoeve van het hele gezin, met inbegrip van het nieuwe kind, aanspraak op vergoeding van de onderhavige kosten te maken”.<sup>902</sup>

De Hoge Raad hanteert daarmee een wezenlijk andere interpretatie van menselijke waardigheid dan Vranken. In deze subjectieve interpretatie van menselijke waardigheid, ofwel menselijke waardigheid als *empowerment* zoals Brownsword en Beyleveld dat noemen, stelt een schadevergoeding het kind juist in staat een waardig leven te leiden. De financiële emancipatie van het kind staat dan voorop.

Maar zelfs aangenomen dat deze interpretatie van de menselijke waardigheid hier op haar plaats is, blijft Vrankens argument dan niet geldig? Blijft dan niet overeind dat het leven van het kind in het oordeel van de Hoge Raad wordt onderworpen aan het zelfbeschikkingsrecht van de ouders? De schade voor de ouders is immers het gevolg van de geboorte van het kind.

Het antwoord op deze vraag luidt zowel *ja* als *nee*. Inderdaad wordt het prenatale leven van het kind onderworpen aan het zelfbeschikkingsrecht van de ouders wanneer zij te kennen geven dat de geboorte van een kind niet bij hun toekomstplannen past. In zekere zin vormen kinderen altijd het object van gezinsplanning, en worden zij ondergeschikt gemaakt aan de wil van de ouders, bijvoorbeeld wanneer deze besluiten al dan niet tot abortus over te gaan. Die onderwerping vloeit echter niet uit de onderhavige uitspraak voort, maar is inherent aan de abortuswetgeving en -praktijk zelf. Zoals uit het vorige hoofdstuk is gebleken, vormen meer algemeen de intenties van de ouders tijdens de zwangerschap de belangrijkste indicatie bij de bepaling van de status of waarde van de ongeboren vrucht.

Iets anders is het wanneer het kind vervolgens ter wereld komt. De Hoge Raad stelt in dat verband dat

“het voorkomen van vooralsnog anonieme gezinsuitbreiding iets van geheel andere orde [is] dan het niet wensen of aanvaarden van het kind als het eenmaal zijn indi-

---

901 *Baby Kelly*, r.o. 4.6.

902 *Wrongful Birth I*, r.o. 3.8.

viduele menselijke identiteit heeft verkregen. De aanspraak van voormelde kosten houdt uitsluitend verband met het eerste, niet met het tweede.”<sup>903</sup>

In feite brengt de Hoge Raad op die manier een tweedeling aan tussen het kind tijdens de zwangerschap, en het kind wanneer het eenmaal is geboren. Als ongeboren vrucht is het nog geen concreet en waardig individu, en kan het ondergeschikt worden gemaakt aan de gezinsplanning van de ouders. De conceptie van een kind, al dan niet gehandicapt, kan tijdens die fase een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de ouders vormen. Het is in deze hoedanigheid, namelijk als abstract gegeven, dat het kind als een schadepost kan worden opgevat, ook al realiseert die schade zich pas later vanaf de geboorte. De schadetoebrengende handeling vond immers reeds plaats tijdens de zwangerschap, toen de medische verantwoordelijke zich schuldig maakte aan nalatigheid.

Vanaf het moment dat het kind ter wereld is gekomen, heeft hij echter een volledig recht op eerbiediging van zijn menselijke waardigheid. Zijn bestaan als uniek individu kan vanaf dat moment geen bron van schade meer vormen, slechts zijn abstracte plaats binnen de gezinsplanning. Zoals Hirsch Ballin naar aanleiding van het arrest stelt, mag het toekennen van schadevergoeding voor de financiële gevolgen van de medische fout daarom niet worden weggezet als een economisering van het leven. Het is beter de schadevergoeding te beschouwen als “bescherming tegen het onbeheersbaar worden van het financiële aspect van nieuw leven”.<sup>904</sup> Al hoewel de schade bestaat in de kosten die verbonden zijn aan het kind *na* zijn geboorte, doet de vergoeding op die manier geen afbreuk aan zijn waardigheid als mens. Juist *omdat* de ouders het kind als individu verwelkomen in hun leven en hem een goed bestaan willen geven, maken zij aanspraak op een schadevergoeding.

Ook bij de toekenning van vergoeding van de immateriële schade van de ouders vormt een dergelijke tweedeling het uitgangspunt, zo blijkt uit het arrest in de zaak *Baby Kelly*. Deze opvatting van de Hoge Raad vinden we nog niet in de arresten *Wrongful Birth I* en *II*. Op deze zaken was oud recht van toepassing, zodat als criterium voor immateriële schade toen alleen de aanwezigheid van geestelijk (of lichamelijk) letsel kon gelden.<sup>905</sup> In beide oordelen had de rechter reeds op feitelijk niveau geoordeeld dat daar geen sprake van was, zodat beide keren het beroep van de ouders moest falen.

De wrongful birth vordering van Kelly's ouders is het eerste wrongful birth geval dat onder het regime van artikel 6:106 lid 1 sub b BW is beoordeeld. Doordat het criterium daarmee is veranderd in de vraag of er sprake was van aantasting in de persoon, hoeft de rechter niet langer na te gaan of de moeder van het kind

903 *Wrongful Birth I*, r.o. 3.9.

904 E.M.H. Hirsch Ballin, “Nieuw leven in de rechtsorde”, *NJB* 1997, nr. 11, p. 478.

905 *Wrongful Birth I*, r.o. 3.14; *Wrongful Birth II*, r.o. 4.3.



psychologische of psychiatrische hulp heeft gezocht, of dat er op andere wijze sprake was van een mentale aantasting.<sup>906</sup> De Hoge Raad oordeelt in *Baby Kelly* op grond van dit bredere toepassingsbereik, dat de ouders recht hebben op vergoeding van immateriële schade. Niet de dagelijkse zware lasten die de verzorging van een gehandicapt kind met zich meebrengt worden daarbij als schade gedacht, maar de doorkruising van “het fundamentele recht op zelfbeschikking”<sup>907</sup> dat aan beide ouders toekomt.<sup>908</sup>

“De toekenning aan de ouders van een vergoeding voor immateriële schade impliceert niet dat het bestaan van Kelly voor hen een bron van leed is, maar berust uitsluitend erop dat de verloskundige een zo ernstige fout heeft gemaakt ten aanzien van een zo fundamenteel recht van de ouders [namelijk hun zelfbeschikkingsrecht], dat dit mede erkenning verdient in de vorm van dergelijke schadevergoeding, waardoor de ouders tevens een zekere genoegdoening wordt verschaft voor de gemaakte fout.”<sup>909</sup>

Het concrete bestaan van het kind geeft op die manier ook op dit niveau van *wrongful birth* geen grond tot schadevergoeding. Alleen de inbreuk die wordt gemaakt op de keuzevrijheid om al dan niet ouder te worden biedt aanleiding daartoe. Het abstracte gegeven van de geboorte van een kind vormt onder de omstandigheden een doorkruising van de gezinsplanning, waarvoor vervolgens compensatie moet worden gegeven. Op die manier wijkt de Hoge Raad in zijn *Baby Kelly*-arrest af van hetgeen A-G Spier in zijn conclusie bij *Wrongful Birth II* mede ten aanzien van het nieuwe BW-recht had betoogd, alhoewel op de zaak in kwestie het oude BW van toepassing was. Spiers oordeel luidde:

“Bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling bestaat, buiten gevallen van geestelijk of lichamelijk letsel, voor toekenning van smartengeld in dit soort gevallen geen grond. Dat geldt voor het huidige recht en daarmee a fortiori voor het oude recht.”<sup>910</sup>

Weliswaar stelde Spier dit ten aanzien van de gevallen waarin sprake is van een mislukte sterilisatie, maar zijn argumentatie gaat mede op voor de gevallen van een medische fout tijdens de voorlichting over bij het kind aanwezige handicaps. Volgens hem vormt de ongeplande geboorte van een kind *geen* aantasting van de persoon in de zin van artikel 6:106 lid 1 sub b BW.<sup>911</sup> Spier zal doorkruising van de gezinsplanning in een geval als dat van *Baby Kelly* daarom vermoedelijk

906 Zoals de toets luidt die in *Wrongful Birth II* werd aangelegd, zie r.o. 5.1.

907 *Baby Kelly*, r.o. 4.8 en 4.9.

908 Over de verhouding tussen zelfbeschikking en persoonlijkheidsrechten, zie 3.1.4.

909 *Baby Kelly*, r.o. 4.10.

910 Zie zijn conclusie bij *Wrongful Birth II*, sub 4.46.1.

911 Conclusie bij *Wrongful Birth II*, sub 4.46.3.

evenmin voldoende grond achten voor vergoeding van immateriële schade. Ter onderbouwing van zijn mening geeft Spier onder meer aan Vrankens stelling te onderschrijven dat “men zich [in dit type zaken] los moet maken van denken in juridische dogmatiek”.<sup>912</sup>

Hartlief stelt dat hoe de Hoge Raad het ook wendt of keert, de stelling dat het concrete bestaan van het kind een bron van leed vormt voor de ouders toch onvermijdelijk aan de toewijzing van smartengeld ten grondslag ligt:

“Zouden ouders in gevallen als deze werkelijk kunnen volhouden dat zij smartengeld wensen enkel en alleen omdat hun keuzerecht is gefrustreerd? Zouden zij, uitgenodigd om dat standpunt te verduidelijken, niet uiteindelijk toch wijzen op de gevolgen voor hen (hun leven) van de inbreuk op hun keuzerecht? Ik heb ook hier de indruk dat op licht gekunstelde wijze geprobeerd wordt te voorkomen dat het gehandicapte bestaan van een kind als bron van leed wordt gezien, terwijl bij de toepassing van de lijnen uit het onderhavige arrest toch niet wordt ontkomen aan die conclusie.”<sup>913</sup>

Net als Hartlief zullen Vranken en Spier de splitsing die de Hoge Raad aanbrengt tussen het kind als individu en het kind als onderdeel van de gezinsplanning, voor zowel de materiële als de immateriële schade, wellicht enigszins kunstmatig vinden. Toch vloeit zij ook voort uit de gangbare opvattingen over de gelding van het principe van menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie. Voorafgaand aan de geboorte kent de menselijke waardigheid immers slechts een beperkte gelding. Zoals onder meer uit de Vo-uitspraak van het Europese Hof blijkt, komt de ongeboren vrucht een beperkte bescherming toe, zonder dat daarbij sprake is van volledige rechtssubjectiviteit of absolute rechten van het embryo. De onderwerping van de ongeboren vrucht aan het zelfbeschikkingsrecht van de ouders is in die zin in overeenstemming met de beperkte gelding van de menselijke waardigheid voorafgaand aan de geboorte.

Wat de *Kelly*-zaak evenwel bemoeilijkt, is dat het niet zozeer het abstracte gegeven van de geboorte van een kind is waarover de ouders zich beklagen, zoals in *Wrongful Birth I* en *II*, maar de geboorte van specifiek een *gehandicapt* kind. Het is wellicht moeilijker om een principieel onderscheid te maken tussen enerzijds het abstracte gegeven van het hebben van een gehandicapt kind, en anderzijds Kelly's concrete bestaan, dat juist is getekend door haar handicaps. De ouders wilden op zichzelf bezien wel een kind, maar geen kind met deze genetische aandoeningen. Echter, op grond van de beperkte juridische bescherming van de ongeboren vrucht, die mede in de abortuswetgeving besloten ligt, wordt het aantreffen van genetische afwijkingen bij de vrucht in de praktijk aanvaard

912 Conclusie bij *Wrongful Birth II*, sub 4.30.

913 T. Hartlief, “Hollandse toestanden: de Hoge Raad over ‘wrongful life’”, *NTBR* 2005, nr. 6, p. 240.

als een geldige reden voor abortus. Met andere woorden, aangezien abortus van een vrucht met genetische afwijkingen is toegestaan, kan ook het ontnemen van de mogelijkheid tot abortus in een dergelijk geval grond voor schadevergoeding opleveren. Dat de Hoge Raad daarmee impliciet het belang om gehandicapt leven te aborteren erkent, ligt niet zozeer in erkenning van de wrongful birth vordering besloten, als in de ruimte die de wet laat voor abortus in gevallen waarin een genetische aandoening wordt ontdekt. Gegeven de mogelijkheden tot anticonceptie en prenatale diagnostiek, is een bepaalde mate van instrumentalisering van het ongeboren kind in deze tijd onvermijdelijk. In de woorden van Den Hartogh:

“Nu de geboorte van een kind niet langer iets is wat ons overkomt, kunnen we dat kind zelf in onze reproductieve beslissingen niet anders dan ‘als middel gebruiken’ [...] Stel dat we een kind zien als een verrijking van ons leven, en ons realiseren dat die vergelijking alleen tot stand komt als we het kind, zodra het bestaat, als een doel in zichzelf gaan behandelen. Dan is het kind dat we om die reden op de wereld zetten nog altijd alleen maar een verwisselbaar exemplaar van een soort, en dus een middel om zo’n soort relatie te kunnen aangaan.”<sup>914</sup>

De Hoge Raad heeft deze realiteit omgezet naar het recht door een scheiding teweeg te brengen tussen enerzijds het kind voorafgaand aan de geboorte wanneer het slechts een abstract idee constitueert, en het wegens genetische afwijkingen mag worden geaborteerd; en anderzijds het kind na de geboorte dat als uniek en concreet individu een absoluut recht heeft op respect voor zijn menselijke waardigheid.

Deze benadering heeft tot gevolg dat ook de Hoge Raad geen volledig schadevergoedingsrechtelijke benadering hanteert bij het bepalen van de hoogte van de te vergoeden schade. Omdat de geboorte fungeert als scharnierpunt voor juridische persoonlijkheid, de schade reeds voor de geboorte werd veroorzaakt, maar de schade zich pas voltrok na de geboorte, is ook het personen- en familierecht van invloed bij het bepalen van de te vergoeden schade. Het feit dat tussen de fout van de arts en de resulterende schade de geboorte van een kind staat, kan op die manier bij het vaststellen van de schade bij wrongful birth zaken in een zekere vervaging tussen het familierecht en het aansprakelijkheidsrecht resulteren. Stolk merkt het volgende op:

“Toch mag de uitspraak van de Hoge Raad niet worden beschouwd als een louter schadevergoedingsrechtelijke benadering. Vertrekpunt is weliswaar dat het hier gaat om een vordering van Boek 6 en niet van Boek 1, maar dat wil niet zeggen dat bij het vaststellen van de schadevergoedingsverplichting geen rekening kan worden gehouden met de bijzondere aard van de schade. Want de schade waarvan vergoe-

---

914 Den Hartogh 2005a, p. 26.

ding wordt gevraagd heeft, hoe men het ook wendt of keert, een sterk alimentatiekarakter [...]. De arts wordt immers veroordeeld tot betaling van de kosten van verzorging en opvoeding van het niet-geplande kind, tot aan een bepaalde leeftijd. <sup>915</sup>

Voor het Hof in Leeuwarden was een dergelijke vervaging tussen het familierecht en het aansprakelijkheidsrecht de voornaamste reden om de wrongful birth claim niet toe te wijzen, zo blijkt uit de eerder aangehaalde rechtsoverweging. De wettelijke, ouderlijke plicht tot onderhoud van het kind vloeit voort uit het familierecht, en mag niet tot het object van het aansprakelijkheidsrecht verworden. De Hoge Raad ziet deze wettelijke plicht daarentegen als een erkenning van het feit dat een kind geld kost: “Veeleer vloeit uit deze verplichting voort dat het hier inderdaad om kosten gaat die noodzakelijke moeten worden gemaakt en die juist daarom een financieel nadeel en derhalve vermogensschade vormen.”<sup>916</sup>

De Franse rechter schaart zich aan de kant van het Hof in Leeuwarden, en weigert in de regel dergelijke vorderingen met “een sterk alimentatiekarakter” toe te wijzen in verband met de geboorte van niet-geplande, maar gezonde kinderen,<sup>917</sup> zoals in de volgende paragraaf zal blijken.

#### 5.1.4 Een vergelijking met de Franse benadering van wrongful birth

Het vertrekpunt van de oordelen van de Cour de Cassation en de Conseil d'Etat is volstrekt anders dan dat van de Hoge Raad. Hoofregel is dat slechts wanneer het kind gehandicapt ter wereld is gekomen, schadevergoeding wordt toegekend.<sup>918</sup> Zoals ook Procureur-Generaal Hartkamp in zijn conclusie bij het *Baby Kelly*-oordeel naar aanleiding van de Franse jurisprudentie stelt, is daarbij niet geheel duidelijk welke schade precies voor vergoeding in aanmerking komt.<sup>919</sup> Duidelijk is wel dat de gevallen van mislukte anti-conceptie waarbij een gezond kind ter wereld komt, zoals in *Wrongful Birth I* en *II*, onder het Franse recht *geen* aanleiding geven tot schadevergoeding. De Cour de Cassation oordeelde in de *Picard*-uitspraak uit 1991, die een mislukte sterilisatie betrof, dat “l'existence de l'enfant qu'elle [de moeder] a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable”.<sup>920</sup> Met andere woorden, in tegenstelling

915 C.J.J.M. Stolker, “Who's afraid of wrongful birth?”, *WPNR* 1997, nr. 6262, p. 193.

916 *Wrongful Birth I*, r.o. 3.11.

917 Reeds vanaf 1982 (CE ass. 2 juli 1982, *Recueil Dalloz* 1984, 425, m.nt. d'Onorio).

918 Zie onder meer het *Quarez*-oordeel van de Conseil d'Etat: CE 17 februari 1997, *JCP* 1997, II, 22828, m.nt. J. Moreau (*Centre hospitalier régional de Nice v. époux Quarez*). Zie verder F. Bellivier, “Chronologie du contentieux relatif à la naissance d'un enfant handicapé (principales décisions des juridictions administratives et civiles)”, *La recherche sur l'embryon: qualifications et enjeux* (numéro spécial de *Revue Générale de Droit Médical*) 2000, p. 83-86.

919 Conclusie, sub 27.

920 Cass. civ. 25 juni 1991, *JCP* 1992, jur. 21784, m.nt. J-F. Barbiéri.

tot de Hoge Raad, heeft de Franse rechter besloten de *wrongful conception* actie aan het bereik van het aansprakelijkheidsrecht te onttrekken.<sup>921</sup>

De *Loi Anti-Perruche* uit 2002 heeft de tegenstelling met de Nederlandse benadering nog verder verscherpt door de toekenning van *wrongful birth claims* aan verdere voorwaarden te onderwerpen. Niet alleen heeft deze omstreden wet een einde gemaakt aan de *wrongful life* jurisprudentie van de Cour de Cassation zoals die sinds het *Perruche*-oordeel bestond, maar ook heeft de wet een sterk beperkend effect gehad op de bestaande mogelijkheden tot toewijzing van een *wrongful birth* vordering. Zoals de beperkende voorwaarden in de wet worden geformuleerd:

“Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.”<sup>922</sup>

Het gevolg is dat ook ouders die de geboorte van een *gehandicapt* kind te danken hebben aan nalatigheid van de arts, zich niet langer kunnen beroepen op de *wrongful birth claim* ter zake van de materiële schade die voortvloeit uit de handicaps van hun kind. Voor vergoeding van deze schade moet volgens het wetsartikel een beroep worden gedaan op een nog op te richten publiek fonds. Doordat dit fonds echter lang op zich liet wachten, stonden de ouders van deze kinderen nog lange tijd met lege handen. Pas in 2005 werd een wet in werking gesteld om het fonds van de grond krijgen.<sup>923</sup> De belangenorganisaties van gehandicapten die eerst publiekelijk actie hadden gevoerd voor een *Loi Anti-Perruche*, verenigden zich dan ook later opnieuw om dezelfde wet zo snel mogelijk geschrapt te zien.<sup>924</sup> Zo wordt op een pijnlijke manier zichtbaar hoe een wet die de menselijke waardigheid van gehandicapten hoog in het vaandel voert, resulteert in de veronachtzaming van de financiële belangen van de ouders van diezelfde gehandicapten. Vanuit humanitair oogpunt is voor een pragmatische benadering van de menselijke waardigheid, zoals de Hoge Raad in 1997 toepaste, wat dat betreft veel te zeggen.

921 Vergoeding van de immateriële schade werd wel toegekend in een geval waarin de abortus niet alleen mislukte, maar de poging tot abortus bovendien letsel toebracht aan de vrucht, zodat een gehandicapt kind ter wereld kwam: CE, 27 september 1989, *Recueil Dalloz* 1991, Jur. p. 80.

922 Art. 1-I Loi no. 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

923 Loi no. 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

924 Zie Piret 2003, p. 22.

Het systeem dat uit de anti-Perruche-wet resulteert vertoont dermate ernstige gebreken, dat Frankrijk in de EHRM-zaken *Maurice t. Frankrijk*<sup>925</sup> en *Draon t. Frankrijk*,<sup>926</sup> die op dezelfde dag werden gewezen, terecht is gewezen. In de twee zaken oordeelde de *Grand Chamber* van het EHRM dat Frankrijk inbreuk heeft gemaakt op het recht op het ongestoord genot van eigendom (artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM) van twee echtparen, door retroactieve toepassing van de *Loi-anti-Perruche* op hun situatie.

De echtparen Maurice en Draon rekenden beide op basis van verrichte prenatale diagnostiek op de geboorte van een gezond kind. Toen hun kinderen vervolgens toch gehandicapt werden geboren, spraken de beide echtparen de verantwoordelijke instellingen die het prenatale onderzoek hadden verricht via een wrongful birth actie aan voor onder meer de materiële schade die was verbonden aan de handicaps van hun kinderen. De toewijzing van de vordering werd hun echter in hoogste instantie (de *Conseil d'Etat*) ontzegd, doordat de nieuwe *Loi-anti-Perruche* uit 2002 ook een retroactief bereik kent. Hoewel de beide echtparen hun procedure al voor de inwerkingtreding van deze wet waren gestart, was de wet in werking tegen de tijd dat hun zaken voor de *Conseil d'Etat* werden geleid. De *Conseil d'Etat* paste vervolgens, geheel in overeenstemming met de werking van de wet, de boven aangehaalde derde alinea van artikel 1 van de wet retroactief toe, zodat de ouders nul op het rekest kregen.

Een wrongful birth claim kan volgens het Hof binnen de reikwijdte van het begrip *eigendom* vallen. In EHRM-jurisprudentie is bepaald dat *eigendom* in de zin van het protocol ook vorderingen omvat. Voorwaarde daarbij is dat “the claimant must establish that [the claim] has a sufficient basis in national law, for example where there is settled case-law of the domestic courts confirming it”. Daarbij is mogelijk van belang, zo stelt het EHRM, of er sprake is geweest van gerechtvaardigde verwachtingen (“legitimate expectation”). Dat er sprake was van dergelijke gerechtvaardigde verwachtingen wordt door geen van de partijen betwist, zodat het Hof zich niet lang over deze vraag hoeft te buigen. Vervolgens beziet het Hof of de inbreuk gerechtvaardigd was. De inbreuk is voorzien bij wet (de *Loi Anti-Perruche*), en dient een publiek belang. De moeilijkheid ligt bij de vraag of de inbreuk ook proportioneel is. Ter rechtvaardiging van de inbreuk op het recht voert de Franse overheid onder meer een aantal ethische redenen aan:

“In the light of the reactions to the above-mentioned *Perruche* judgment [...], Parliament had intervened to provide a coherent solution to a problem that had been the subject of national debate and had raised crucial ethical issues concerning, *inter alia*, human dignity and the status of the unborn child. The main aim had been to exclude recognition of a child's right to complain of being brought into the world with a congenital disability, a matter on which society had been required to make

925 EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, NJ 2006, 464, m.nt. P.J. Boon (*Maurice t. Frankrijk*).

926 EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, EHRC 2005, 112 (*Draon t. Frankrijk*).

a fundamental decision. That was why there could be no difference in treatment between pending proceedings depending on whether they had been brought before or after the Law's promulgation.”<sup>927</sup>

Het Hof acht dit niet overtuigend. De schadevergoeding waarop de echtparen mochten rekenen op basis van de eerdere *Quarez*-jurisprudentie, was zoveel groter dan de vergoeding die zij nu daadwerkelijk ontvingen, dat er volgens het Hof sprake is van een “radical interference with the applicants’ rights”.<sup>928</sup> Daar komt bij dat de Franse staat tekort was geschoten bij de compensatie van deze financiële tegenslag. Het publieke fonds dat voortaan uitkomst moest bieden kwam zo slecht van de grond, dat de wetgever in 2005 in moest grijpen. Tot slot oordeelt het Hof ten aanzien van de ethische en politieke legitimatie van de handelwijze van de Franse staat het volgende:

“The grounds relating to ethical considerations, equitable treatment and the proper organisation of the health service mentioned by the Conseil d’Etat in its opinion of 6 December 2002 and relied on by the Government could not, in the instant case, legitimise retrospective action whose result was to deprive the applicants, without sufficient compensation, of a substantial portion of the damages they had claimed, thus making them bear an individual and excessive burden.”<sup>929</sup>

Zelfs de door de Franse regering opgeworpen bescherming van de menselijke waardigheid en de status van het ongeborn kind kunnen de inbreuk in de ogen van het Hof niet rechtvaardigen.

#### 5.1.5 *Wrongful birth en de moralisering van het recht*

De controverse waarmee de wrongful birth claim in Frankrijk blijkens de voortgaande ontwikkelingen en strubbelingen nog altijd is omringd, staat in schril contrast met de situatie in Nederland. Hier lijkt sprake te zijn van een breed gedragen consensus, en wordt toewijzing van deze vorderingen in hun meest uitgebreide vorm al sinds langere tijd niet meer betwist. In 1997 waren naar aanleiding van de eerste wrongful birth zaak nog een aantal kritische geluiden in juridische kring te horen,<sup>930</sup> maar deze waren destijds al in de minderheid. Deze consensus blijkt gezien de ontwikkelingen in Frankrijk, Duitsland en Engeland niet algemeen. Sterker nog, Nederland is samen met Duitsland<sup>931</sup> een van de weinige landen waar de kosten van een niet-gepland maar gezond kind ook voor

---

927 *Draon*, r.o. 62.

928 *Draon*, r.o. 85.

929 *Draon*, r.o. 85.

930 Zie onder meer. P. Cobben, “Autonomie versus zorgplicht”, *NJB* 1997, nr. 11, p. 481; en J. Leijten, “Wankele overtuigingen”, *NJB* 1997, nr. 11, p. 477.

931 Zie BGH 27 juni 1995, *NJW* 1995, 2407.

vergoeding in aanmerking komen. Niet alleen is daar in Frankrijk en Engeland geen sprake van, maar ook in de Verenigde Staten wijst een overgrote meerderheid van de staten in wrongful birth zaken geen vergoeding voor de volledige verzorgings- en opvoedingskosten van het kind toe.<sup>932</sup> Slechts wanneer er sprake is van *extra* kosten die voortvloeien uit handicaps van het kind, zijn deze kosten in deze landen in sommige gevallen voor compensatie in aanmerking gekomen.<sup>933</sup> Kortmann<sup>934</sup> en Vranken<sup>935</sup> pleiten in ons land voor een dergelijke benadering. In het geval van *Baby Kelly* zou dan slechts vergoeding voor de kosten die samenhangen met haar handicaps worden toegewezen. De Hoge Raad was echter een andere mening toegedaan, zoals reeds beschreven, en wees vergoeding voor de volledige kosten van Kelly's opvoeding en verzorging toe.

Hieruit kan worden afgeleid dat de ruimte die de wrongful birth vordering voor ethische en rechtspolitieke afwegingen laat, door de nationale rechtsordes op wezenlijk verschillende manieren wordt ingevuld. De interpretatie van het beginsel van menselijke waardigheid speelt daarbij een cruciale rol. Ook binnen deze context toont de menselijke waardigheid zich door haar ethische lading als een begrip dat zich voor uiteenlopende, en zelfs tegengestelde interpretaties leent. In zijn preadvies uit 2003 over de doorwerking van grondrechten in het privaatrecht betoogt Smits daarom naar aanleiding van de uiteenlopende oordelen op het gebied van wrongful birth

“dat de notie van menselijke waardigheid [...] zo inherent vaag is, dat het weliswaar als argument een rol kan spelen op weg naar de juiste uitkomst, maar nimmer redengevend kan zijn voor het rechterlijk oordeel”.<sup>936</sup>

Legemaate waarschuwt eveneens voor een te vergaande moralisering van het recht bij de beoordeling van wrongful birth vorderingen.<sup>937</sup> Vranken wijst er daarentegen op dat een moreel gezichtspunt in dit soort zaken onvermijdelijk is. Zoals we eerder zagen schiet een strikt technisch-juridische benadering van de problematiek volgens hem tekort. Het schadevergoedingsrecht raakt hier aan zijn

932 Volgens het rechtsvergelijkend overzicht in de Australische wrongful birth-zaak *Cattanach v. Melchior* (r.o. 118) wijzen 32 Amerikaanse staten deze kosten niet toe, tegenover 2 staten die dat wel doen.

933 In de Verenigde Staten zijn de kosten die voortvloeien uit de handicaps van een gehandicapt geboren kind in een aantal gevallen vergoed (zie Conclusie Hartkamp, sub 28). In Frankrijk was een dergelijke benadering zichtbaar op basis van het *Quarez*-oordeel, maar is daar een einde aan gekomen door de Loi Anti-Perruche uit 2002, zoals eerder beschreven. In Engeland heeft het Court of Appeal geoordeeld dat het *McFarlane*-oordeel niet in de weg staat aan vergoeding van de kosten die verbonden zijn aan de handicaps van een kind (zie Conclusie Hartkamp, sub 26).

934 S.C.J.J. Kortmann (2004a), “Geld voor leven. Schadevergoeding voor niet beoogd leven”, in: S.C.J.J. Kortmann en B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful birth en wrongful life*, Deventer: Kluwer 2004, p. 12-13.

935 Conclusie *Wrongful Birth I*, sub 31 io. 26.

936 Smits 2003, nr. 54.

937 J. Legemaate, “Het recht moraliseert al genoeg”, *NJB* 1997, p. 479-480.



grenzen. Maar ook tegen een volledig ethische invulling van het juridisch oordeel maakt Vranken bezwaar. Over de juiste verhouding tussen juridische dogmatiek en rechtspolitieke argumentatie schrijft hij als volgt:

“Een louter schadevergoedingsrechtelijke benadering is pragmatisch, maar ontkomt niet aan principiële vragen. Een louter principiële benadering leidt door haar rechtlijnigheid tot eenzelfde liefdeloze hardvochtigheid als waarmee bijvoorbeeld in vroeger tijden overspelige en bloedschennige kinderen buiten het recht werden geplaatst. Desalniettemin is duidelijk dat er belangen op het spel staan die het individuele zelfbeschikkingsrecht van de vrouw c.q. het (echt)paar om geen kinderen (meer) te wensen, te boven gaan: er is een kind. Wat betekent dit voor het aansprakelijkheidsrecht? Dienen de normale regels, uitgangspunten, en beginselen van het aansprakelijkheidsrecht in dit soort gevallen niet c.q. slechts in beperkte(re) mate toepasselijk te zijn of gelden ze onverkort? In het eerste geval: waar moeten de beperkingen worden aangebracht?

Op de achtergrond staat de veel bredere vraagstelling naar de verhouding van ethiek en recht. Nergens treedt de spanning die deze verhouding kenmerkt, scherper aan de dag dan in het gezondheidsrecht (euthanasie, de medische techniek, met name betreffende de voortplanting en orgaantransplantaties) en in het personen- en familierecht [...]. Bovendien is het zo dat ook wanneer men besluit tot een juridische sanctionering, dit vanuit geheel verschillende invalshoeken kan plaatsvinden, variërend, kort gezegd, van het zelfbeschikkingsrecht en de eigen keuze van de betrokkene tot het opleggen en afdwingen van zekere waarden die men als het cement van de samenleving beschouwt.”<sup>938</sup>

Een groot deel van de discussies over wrongful birth is inderdaad terug te voeren op het spanningsveld dat bestaat tussen enerzijds het recht en anderzijds ethiek en rechtspolitiek. De menselijke waardigheid vormt daarbij een sleutelbegrip. In hoeverre kan de menselijke waardigheid beperkingen op het schadevergoedingsrechtelijke stelsel rechtvaardigen? Of is schadevergoeding juist in overeenstemming met de menselijke waardigheid? Of dient, zoals Smits betoogt, de menselijke waardigheid überhaupt geen rol van belang te spelen in het oordeel van de civiele rechter? We zullen zien dat de vraag naar de verhouding van het recht tot de ethiek in verhevigde mate terugkeert in de discussies die volgden op toewijzing van de wrongful life vordering. Daarnaast doemt in die discussies de vraag naar de verhouding tussen recht en biologische werkelijkheid op. De meningsverschillen spitsen zich daarbij vooral toe op het volgende dilemma: Kan het recht zich via zijn juridisch-technische constructies onttrekken aan hetgeen een biologische kijk op de werkelijkheid dicteert, of is ook het recht verplicht aansluiting te zoeken bij een medisch-biologische causaliteits- en persoonsbegrip?

---

938 Conclusie, sub 27 en 28.

## 5.2 Wrongful life

### 5.2.1 Wrongful life in Nederland

#### 5.2.1.1 Van wrongful birth naar wrongful life

In deze paragraaf schakel ik van het perspectief van de ouders van het gehandicapte kind over naar het perspectief van het kind zelf. Als vaststaat dat de arts jegens de ouders een fout heeft begaan waardoor de ouders niet hebben kunnen besluiten tot een abortus, is deze arts dan ook aansprakelijk jegens het gehandicapte kind? Is het kind dat het resultaat is van een wanprestatie jegens de ouders, ook het resultaat van een onrechtmatige daad jegens het kind zelf? Met andere woorden, komt het gehandicapte kind in dit soort gevallen een *wrongful life actie* toe? En als dat zo is, hoe verhouden de rechten die het kind aan deze vordering ontleent zich dan tot de rechten van de ouders?

Evenals in de discussies rondom wrongful birth neemt het beginsel van menselijke waardigheid een prominente plaats in bij de discussies over wrongful life. Over het antwoord op de vraag of toekenning van schadevergoeding aan het gehandicapt geboren kind in strijd is met zijn menselijke waardigheid, bestaat echter minder eensgezindheid dan in de Nederlandse commentaren op het wrongful birth-arrest.

Volgens sommigen heeft het beginsel in deze context dezelfde betekenis als in het geval van wrongful birth, en kan het argument om die reden op dezelfde gronden als de Hoge Raad in *Wrongful Birth I* opwierp, worden verworpen. Procureur-Generaal Hartkamp, verantwoordelijk voor de heldere en uitgebreide conclusie bij het *Baby Kelly*-oordeel, acht toewijzing van de wrongful life claim niet strijdig met Kelly's menselijke waardigheid. Hij onderbouwt deze stelling voor het grootste deel met argumentatie die hij ontleent aan het oordeel van de Hoge Raad uit 1997:

“De argumenten die in de literatuur tegen toewijsbaarheid van de vordering van het kind worden genoemd, zijn voor een deel dezelfde als de argumenten die worden of kunnen worden aangevoerd tegen toewijsbaarheid van de vordering van de ouders. Het belangrijkste argument in deze categorie is dat menselijk leven niet als schade-post mag worden beschouwd omdat dit in strijd is met de menselijke waardigheid. Dit argument is, voorzover het betreft de vordering tot vergoeding van de materiele schade, door de Hoge Raad uitvoerig gemotiveerd verworpen in het arrest van 21 februari 1997. Deze overwegingen zijn m.i. eveneens van toepassing wanneer het kind zelf vergoeding vordert wegens het feit dat het is geboren.”<sup>939</sup>

Op deze manier verdwijnt echter een wezenlijk verschil tussen wrongful birth en wrongful life vorderingen naar de achtergrond. In *Wrongful Birth I* betrof het

---

939 Conclusie, sub 20.

argument van de menselijke waardigheid de relatie van de ouders tot het kind, waarbij het kind bescherming ontleende aan zijn waardigheid. Zoals we hebben kunnen zien in de vorige paragraaf, wist de Hoge Raad dit argument te pareren door een onderscheid te maken tussen het kind voor en na zijn geboorte, tussen het kind als abstract idee, en het kind als concreet individu. Het kind vormde op die manier slechts als onderdeel van de gezinsplanning een schadepost, nog voordat het zijn unieke identiteit verkreeg.

Kelly's geclaimde schade ligt op een heel ander vlak. Op het moment dat namens het gehandicapte kind een schadevergoeding kan worden geëist voor de fout die de verloskundige jegens het kind heeft begaan, heeft het kind haar individuele identiteit al gekregen. Ze is geboren, heeft een plaats binnen het gezin gekregen en wordt Kelly genoemd. Bestond er in het geval van de wrongful birth claim nog het externe gezichtspunt van de ouders waarin er vergoeding kon worden geclaimd voor de materiële schade die voortvloeide uit de doorkruising van hun gezinsplanning, in de wrongful life claim ontbreekt dit perspectief in zijn geheel. Het is slechts het (veronderstelde) perspectief van het geestelijk en lichamelijk gehandicapte kind zelf dat de vordering betekenis geeft. Op die manier wordt het onderscheid tussen het kind als abstract idee, en het kind als concreet individu bijzonder problematisch. Want kan het kind zijn bestaan in rechte opvoeren als een abstracte schadepost, zonder dat hij daarmee een uitspraak doet over zijn concrete bestaan?

Als het kind dat zou kunnen, dan veronderstelt zijn juridische positie een uiterst onbelichaamd en kunstmatig mensbeeld, dat in strijd is met een ieders belevingswereld. Als het voor het kind daarentegen niet mogelijk is om een dergelijk onderscheid te maken, dan kan het alleen zijn concrete bestaan zijn waarover hij zich beklaagt. In dat geval vormt zijn eigen concrete bestaan de schadepost van de wrongful life claim. In de woorden van Den Hartogh: "Het is dan wel degelijk het bestaan van een kind met een 'individuele menselijke identiteit' dat als zo deerniswekkend wordt beschouwd dat zij beter af was geweest als het was voorkomen."<sup>940</sup> En daarmee kan het argument van de menselijke waardigheid niet op dezelfde wijze als in het oordeel van de Hoge Raad in 1997 worden ontkracht.

Anders geformuleerd, het kind dat een wrongful life actie instelt gebruikt zijn juridische persoonlijkheid om zijn concrete, lichamelijke bestaan in rechte aan te vechten. Daarmee komen we tot de crux van het probleem. Als de fout jegens Kelly niet zou zijn gemaakt, en de schade dus niet zou zijn ingetreden, dan zou zij zijn geaborteerd en had zij nooit het licht gezien. Doordat Kelly dankzij de fout toch is geboren, kon zij toetreden tot de rechtsorde, en zich vervolgens, weliswaar dankzij de fictie van juridische vertegenwoordiging, als rechtssubject beklagen over de fout. Het resultaat is dat

940 G.A. den Hartogh (2005b), "Schadevergoeding voor het leven?", AA juni 2005, p. 459.

“l'enfant handicapé puisse user sa qualité de sujet de droit pour demander la réparation du dommage qui résulte du fait qu'il n'a pas été avorté par ses parents, ce qui l'aurait empêché de devenir sujet de droit”,

zoals de in de Franse literatuur veel geciteerde woorden van Hermitte luiden.<sup>941</sup>

Volgens de meeste auteurs is het in strijd met de menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie om in rechte te oordelen dat het leven van een persoon als een schadepost moet worden opgevat, of dat het beter was geweest als die persoon niet was geboren, zelfs als dit waardeoordeel door de betrokkene in kwestie wordt gedeeld. Een dergelijk oordeel is in strijd met de gelijke waarde en waardigheid van ieder menselijk leven, die door de menselijke waardigheid worden verondersteld. Redenerend vanuit dit beginsel beoogt men het kind niet zozeer in zijn relatie tot zijn ouders te beschermen, zoals in het geval van wrongful birth, maar in zijn relatie tot zowel zichzelf als de rechtsgemeenschap.

Om met het eerste te beginnen, met een beroep op de menselijke waardigheid tracht men het kind dat een wrongful life actie wil instellen, mede tegen zichzelf te beschermen. Het veronderstelde gevaar is niet langer dat het kind tot een instrument van het zelfbeschikkingsrecht van zijn ouders wordt gereduceerd, maar dat men het kind door toewijzing van zijn *eigen* vordering buiten de mensengemeenschap plaatst. We zien hier wederom hoe de menselijke waardigheid ook tegen de wil van het individu kan worden ingezet, en hoe het de individuele vrijheid kan inperken. In dat opzicht behoort Kelly tot dezelfde groep van individuen waarvan ook de dwerg Mr Skyman, de sadomasochisten uit de twee EVRM-zaken en Diane Pretty deel uitmaken.<sup>942</sup>

Uiteraard betreft dit vraagstuk niet uitsluitend de verhouding van het kind tot zichzelf. Wrongful life stelt ook de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht en van het juridische schadebegrip ter discussie. Bij erkenning van wrongful life moet deze vordering in het aansprakelijkheidsrecht met zijn bestaande categorieën worden ingepast. Dat betekent dat niet alleen de verhouding van het kind tot zichzelf, maar ook de verhouding van het kind tot de rechtsgemeenschap hier in het geding is.

Het risico dat er een juridisch oordeel wordt gevormd over de waarde van Kelly's leven speelt vooral bij de interpretatie van haar klacht als een vordering tot vergoeding van de schade die zij lijdt als gevolg van het feit dat zij niet is geaborteerd. Deze benadering moet worden onderscheiden van de interpretatie van wrongful life waarin Kelly zich slechts beklaagt over haar handicaps, waarbij

941 M.-A. Hermitte, “Le contentieux de la naissance d'enfants handicapés”, *Gazette du Palais* 25 oktober 1997, p. 1405. Onder meer geciteerd door Pech (T. Pech, “Retour sur la jurisprudence Perruche”, *Esprit* januari 2002, p. 212), Cayla (O. Cayla, “Le droit de se plaindre. Analyse du cas (et de l'anti-cas) Perruche”, in: O. Cayla en Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Parijs: Gallimard 2002, p. 63) en Edelman (B. Edelman, “L'arrêt Perruche: Une liberté pour la mort?”, *Recueil Dalloz*, 2002, nr. 30, p. 2350).

942 Zie hoofdstuk 3.

in rechte wordt weggedacht dat die handicaps aangeboren zijn. De voorstanders van toewijzing van de wrongful life claim hanteren veelal één van deze beide benaderingen van Kelly's schade.<sup>943</sup> We zullen zien dat de Hoge Raad voor de eerste benadering kiest, terwijl P-G Hartkamp aansluiting zoekt bij de tweede interpretatie. In de volgende paragraaf wordt de eerste benadering uiteengezet.

#### 5.2.1.2 *Wrongful life als vergoeding voor een 'deerniswekkend bestaan'*

Al hoewel weinig voorstanders van toewijzing van wrongful life zich zullen beroepen op een recht om niet geboren te worden, of een recht op eigen abortus, is de achterliggende gedachte van deze benadering dat Kelly's handicaps niet te scheiden zijn van haar bestaan. Om die reden dienen niet alleen de kosten van de handicaps, maar van Kelly's hele leven te worden vergoed. Wat de immateriële schade betreft, kan volgens deze benadering worden uitgegaan van het leed dat zij ondervindt van niet alleen haar handicaps, maar ook van het leven dat zij dientengevolge leidt. Deze interpretatie vinden we terug in het oordeel van de Hoge Raad. Een nadere blik op het arrest kan dat duidelijk maken.

Voorop staat dat de belangen van de ongeboren vrucht op grond van de nasciturus-fictie van artikel 1:2 BW reeds bij handelingen of nalatigheid die tijdens de zwangerschap plaatsvonden, kunnen doorwerken. De Hoge Raad beschouwt Kelly echter niet als partij bij de behandelingsovereenkomst, zodat zij alleen op basis van een onrechtmatige daad in haar belangen kan zijn getroffen. De cruciale vraag is dan wat die belangen van het kind waren. De Hoge Raad overweegt bij herhaling "dat het kind geen recht heeft op haar eigen niet bestaan, dan wel op afbreking van de zwangerschap van de moeder".<sup>944</sup> De inbreuk die is gemaakt op Kelly's belangen wordt daarom op een andere manier door de Hoge Raad geconstrueerd. De Hoge Raad overweegt dat de medisch verantwoordelijke

"op grond van zijn thans in art. 7:453 BW omschreven, primair jegens de zwangere vrouw bestaande, zorgplicht ook jegens het nog ongeboren kind ertoe is gehouden de in de gegeven omstandigheden vereiste prenatale diagnostiek te (doen) verrichten en, indien daartoe aanleiding is, een klinisch geneticus te consulteren om de vrucht waarvan de vrouw zwanger is, nader te doen onderzoeken. De vrouw dient immers in staat te worden gesteld een goed geïnformeerde keuze te maken ten aanzien van de vraag of zij mede met het oog op de belangen van haar nog ongeboren kind, voortzetting of afbreking van de zwangerschap wenst. Als de behandelaar in

943 Den Hartogh komt tot een andere rechtvaardiging van toewijzing van Kelly's wrongful life vordering. Zijn lezing brengt met zich mee dat "in een geval als dat van Kelly [...] niet het feit dat zij überhaupt leeft als schade kan worden beschouwd, ook niet het feit dat aan het leven niet door een vroege abortus een einde is gekomen, maar alleen dat dat leven is voortgezet vanaf het ogenblik dat zij begon dat leven te leiden" (Den Hartogh 2005a, p. 37). De schade bestaat dan in het voortbestaan, niet in het bestaan *an sich*, zodat er ook geen vergelijking hoeft te worden gemaakt tussen niet-bestaan en gehandicapt bestaan.

944 *Baby Kelly*, r.o. 4.13, en zie ook r.o. 4.20.

de nakoming van deze verplichting jegens de vrouw tekort schiet, handelt hij tevens in strijd met hetgeen hem jegens de ongeborene volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt”.<sup>945</sup>

Uit deze overweging blijkt dat de toewijzing van Kelly's vordering inderdaad geen recht op haar eigen niet-bestaan, of eigen abortus impliceert. Kelly's rechtspositie is daarentegen een afgeleide van de rechtspositie van haar moeder. Eerder is besproken hoe de Hoge Raad in eerdere overwegingen<sup>946</sup> aan Kelly's ouders een “fundamenteel recht tot zelfbeschikking” toekent, dat aan de basis van hun immateriële schadevergoeding staat. Daarbij benadrukte de Hoge Raad dat de beslissing tot abortus in laatste instantie, weliswaar in samenspraak met de arts, aan de moeder alleen toekomt.<sup>947</sup>

Het zou in strijd met het alleenrecht van de moeder zijn om aan het kind een recht op eigen abortus te geven, redeneert de Hoge Raad terecht.<sup>948</sup> Het afgeleide karakter van de rechtspositie van het kind dat een wrongful life actie instelt, komt wat dat betreft overeen met de wijze waarop de status van het ongeboren kind afhankelijk is van de intenties van zijn ouders.

Bovendien wordt nu duidelijk dat men op basis van de constructie van de Hoge Raad er niet voor hoeft te vrezen dat kinderen als Kelly in de toekomst een wrongful life-zaak tegen hun ouders zullen aanspannen. Niet alleen is voor een dergelijke actie een fout van een derde vereist, maar bovendien is het uiteindelijk de moeder die bepaalt wat de belangen van haar kind zijn. Op basis daarvan stelde de Hoge Raad immers de normschending vast.

Als het dan niet het *recht* om niet te worden geboren is waarop inbreuk is gemaakt, blijft het de vraag in welke concrete *belangen* Kelly wel is aangetast. De verloskundige had volgens bovenstaand citaat immers de moeder in staat moeten stellen een weloverwogen keuze te maken, *mede met het oog op de belangen van het kind*. Omdat dat niet is gebeurd, is ook Kelly in haar belangen getroffen en heeft men jegens haar een onrechtmatige daad gepleegd, overweegt de Hoge Raad. Maar waartoe strekte de zorgplicht van de verloskundige die blijkens de overwegingen ook jegens Kelly gold? Welke norm is er jegens Kelly geschonden? Helaas blijft de Hoge Raad ons het antwoord op deze cruciale vraag schuldig. Nergens in de overwegingen krijgen Kelly's aangetaste belangen nadere contouren.

Blijkens de omvang van de schadevergoeding is het niet Kelly's belang om zonder handicaps te worden geboren dat de Hoge Raad als het aangetaste belang ziet. Het eindresultaat is immers dat al Kelly's *bestaanskosten* worden vergoed, niet slechts de kosten van de handicap zoals Hartkamp in zijn conclusie had aanbevolen:

945 *Baby Kelly*, r.o. 4.13.

946 *Baby Kelly*, r.o. 4.8 en 4.9.

947 *Baby Kelly*, r.o. 4.2 en 4.13.

948 *Baby Kelly*, r.o. 4.13.

“De omstandigheid dat Kelly geen recht heeft op haar eigen niet-bestaan, brengt niet mee dat de vordering van Kelly tot vergoeding van de kosten van haar opvoeding en verzorging slechts kan worden toegewezen tot het bedrag van de extra kosten, veroorzaakt door haar handicaps. Bij de grondslag van de onderhavige aansprakelijkheid [...] past dat deze vordering in beginsel tot het volle bedrag wordt toegewezen, ook na het 21e levensjaar van Kelly.”<sup>949</sup>

De Hoge Raad noemt vervolgens nog twee redenen waarom ook vergoeding voor de opvoedings- en verzorgingskosten wordt toegewezen naast de extra kosten veroorzaakt door de handicaps. De eerste reden is dat Kelly een eigen vorderingsrecht dient te hebben naast dat van haar ouders, omdat zij anders financieel te afhankelijk zou worden. Een rechtspolitiek argument dus. Een belangrijker en interessanter argument ligt besloten in de overweging dat

“de door het LUMC en de verloskundige bepleite benadering [zou] leiden tot een gekunstelde splitsing tussen het kind en haar handicaps, welke niet kan worden aanvaard”.<sup>950</sup>

Het is een *medisch-biologisch* feit dat Kelly's handicaps inherent zijn aan Kelly's bestaan. De rechter dient dat ook als vertrekpunt voor een *juridisch* oordeel te nemen, lijkt de Hoge Raad te willen stellen. De Hoge Raad weigert daarmee de fictie dat Kelly zonder handicaps geboren had kunnen worden als basis voor toewijzing van schadevergoeding te hanteren. Zoals in de volgende paragrafen zal blijken, wijkt de Hoge Raad op die manier af van de constructie die de P-G in zijn conclusie voorstaat, en van de benadering die de Cour de Cassation zijn *Perruche*-jurisprudentie hanteerde.

Ook de hoogte van de immateriële schade wordt niet slechts aan het leed dat uit haar handicaps voortvloeit gekoppeld, maar aan het leed dat haar hele leven haar bezorgt:

“De hoogte van deze schade mag [...] niet uitsluitend worden vastgesteld aan de hand van de aard en de ernst van de handicaps. De rechter dient alle ter zake dienende omstandigheden op het moment van zijn beoordeling mee te wegen, waaronder in elk geval de wijze waarop Kelly zich inmiddels heeft ontwikkeld, de mate waarin zij door haar handicaps wordt belemmerd ‘normaal’ te leven en de mate waaronder zij lijdt.”<sup>951</sup>

Problematisch aan de benadering van de Hoge Raad is dat zij niet goed te rijmen is met één van de centrale principes van het schadevergoedingsrecht. Voor het

---

949 *Baby Kelly*, r.o. 4.20.

950 *Baby Kelly*, r.o. 4.20.

951 *Baby Kelly*, r.o. 4.18.

bepalen van de hoogte van de schade dient de ‘gewone’ situatie, dat wil zeggen, de situatie voordat de schade zich voltrok, te worden vergeleken met de situatie van na de schadetoebrengende handeling.<sup>952</sup> Zo wordt in het kader van toewijzing van de wrongful birth claim, de situatie met en zonder het kind met elkaar vergeleken. In Vrankens optiek was een dergelijk, voor het schadevergoedingsrecht kenmerkend gedachtenexperiment in het geval van wrongful birth weliswaar in strijd met de menselijke waardigheid, maar de vergelijking was niettemin mogelijk. Met de wrongful life claim ligt dat anders.

Uit het feit dat een grote meerderheid zich voor toewijzing van de wrongful life claim heeft uitgesproken,<sup>953</sup> kan men afleiden dat volgens de meeste juridische auteurs in Nederland een dergelijke vergelijking ook in het geval van wrongful life vorderingen niet problematisch hoeft te zijn. Zo stelt Hartlief het volgende:

“De vergelijking tussen bestaan en niet-bestaan is zeer wel mogelijk [...]. Laten we eerlijk zijn: is het nu werkelijk zo’n tour de force te concluderen dat in geval van niet-bestaan van Kelly door haar geen kosten zouden zijn gemaakt?”<sup>954</sup>

Toch wordt daarmee aan een fundamenteel gegeven voorbij gegaan: voor Kelly bestond er geen situatie waarin de schade c.q. financiële gevolgen zich niet voordeden. Meteen vanaf haar conceptie was de aandoening aanwezig. De zogenoemde schade is immers inherent aan haar bestaan, of die schade nu bestaat uit haar handicaps of haar gehele ‘deerniswekkende’ bestaan. Voordat de schade intrad bestond Kelly gewoonweg nog niet, haar perspectief evenmin, laat staan dat er sprake was van een ‘eigen situatie’ van voor de schade intrad. Ethicus Wils trekt naar aanleiding van de zaak *Kelly* een analogie met de volgende uitspraak van Wittgenstein: “Der Tod ist kein Ereignis des Lebens, den Tod erlebt man nicht.”<sup>955</sup> Het niet-bestaan is, net als de dood, geen situatie waarin iemand zich ooit kan bevinden, het daartoe noodzakelijke perspectief ontbreekt per definitie. In die zin heeft er ook geen schadetoebrengende handeling jegens Kelly plaats gevonden, zoals wel het geval zou zijn geweest als Kelly, of beter gezegd, de ongeboren vrucht die zij toen nog was, tijdens de zwangerschap door toedoen van

952 Zie onder meer A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, 4-1 De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 415: “Bij het vaststellen van de omvang van de te vergoeden schade moet als beginsel worden vooropgesteld, dat de schuldeiser zoveel mogelijk in de toestand wordt gebracht waarin hij zou verkeren indien het schadeveroorzakende feit (de wanprestatie, de onrechtmatige daad) achterwege was gebleven. Het vaststellen van de omvang van de te vergoeden schade moet veelal geschieden door waardering. De omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is, met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schade-veroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden.”

953 Zie voor een overzicht van de voor- en tegenstanders van de wrongful life claim de uitgebreide conclusie van Hartkamp, sub 19.

954 Hartlief 2005, p. 243.

955 J.P. Wils, “Wrongful birth en wrongful life – ethische kanttekeningen”, in: S.C.J.J. Kortmann en B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful birth en wrongful life*, Deventer: Kluwer 2004, p. 39.



een derde letsel had opgelopen. Bij het vaststellen van de schade die de ouders ondervinden kan daarentegen wel een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen hun financiële situatie vóór en na Kelly's geboorte. Hun vermogensrechtelijke situatie wijzigt zich als gevolg van Kelly's geboorte. Vanuit Kelly's gezichtspunt bekeken, ontbreekt het moment voordat de schade intrad echter volledig. Met andere woorden, er ontbreekt een vergelijkingspunt voor het bepalen van de schade, zodat een werkelijke vergelijking onmogelijk is. Deze onmogelijkheid vormt voor Kortmann,<sup>956</sup> Sluijters,<sup>957</sup> en de vroegere Stolker<sup>958</sup> een doorslaggevend argument tegen toekenning van de wrongful life claim. In Kortmanns woorden:

“Welke schade heeft het kind door de fout van de verloskundige geleden? Voor de vaststelling van de schade vergelijkt men twee situaties: de situatie waarin de benadeelde thans verkeert en de hypothetische situatie waarin deze zou hebben verkeerd, indien de fout niet zou zijn gemaakt. De schade is het nadelige verschil tussen beide. De hypothetische situatie houdt in casu in dat het kind er niet zou zijn geweest. Kan men überhaupt wel een vergelijking maken tussen niet-bestaan en leven? Wat weten wij van niet-zijn, van non-existentie? Ik meen dat het maken van een dergelijke vergelijking onmogelijk is.”<sup>959</sup>

Ik zal hierna voor het gemak spreken van “Kortmanns bezwaar”. De auteurs bevinden zich in het gezelschap van rechtscolleges van over de hele wereld, die deze moeilijkheid als een van de voornaamste redenen voor afwijzing van de wrongful life actie bestempelden. Zoals een rechter in de bekende Engelse wrongful life zaak *McKay* het verwoordde: “How can a court begin to evaluate non-existence, ‘the undiscovered country from whose bourn no traveller returns?’”<sup>960</sup> Ook de Hoge Raad erkent

“dat de omvang van de schade die Kelly lijdt niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. Aan het niet-bestaan kan immers geen bepaalbare waarde worden toegekend, zodat het niet mogelijk is het niet-bestaan vermogensrechtelijk te vergelijken met het bestaan”.<sup>961</sup>

Maar daaraan verbindt de Hoge Raad niet dezelfde conclusie als Sluijters en Kortmann: zoals bekend wordt Kelly's vordering tot schadevergoeding toegewezen. De Hoge Raad maakt daarbij gebruik van de bevoegdheid die hem als rechter op

956 Kortmann 2004a, p. 16-17; S.C.J.J. Kortmann (2004b), “Schadevergoeding voor leven?”, *RM Themis* 2004, nr. 4, p. 206-207.

957 Sluijters 2004, p. 55.

958 Voor Stolker's beschrijving van van zijn eigen vroegere positie, zie Stolker en Sombroek-Van Doorn 2003, p. 502.

959 Kortmann 2004b, p. 206-207.

960 Woorden van Ackner LJ in *McKay v Essex Health Authority* [1982] 2 All ER 771 (CA), p. 787.

961 *Baby Kelly*, r.o. 4.15.

basis van artikel 6:97 BW is gegeven om de schade te begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Het zou anders, in de woorden van P-G Hartkamp, wel zeer onbevredigend zijn om Kelly wegens deze “betrekkelijk technisch-juridische reden”<sup>962</sup> geen schadevergoeding toe te kennen.

Door meerdere civilisten wordt het belang van de vergelijkingsmethode om de hoogte van de schade te bepalen in de context van wrongful life gerelativeerd. Dat een vergelijking tussen niet-bestaan en een gehandicapt bestaan niet te maken is, hoeft er volgens hen niet aan in de weg te staan dat er aan een maatschappelijk onaanvaardbare situatie zoals die van Kelly een einde wordt gemaakt. “De vergelijkingsmethode is een middel en niet een doel op zich”, meent Sieburgh,

“zodra zo’n hulpmiddel een obstakel wordt om te komen tot een oplossing die het beste aansluit bij de maatschappelijke verhoudingen [...] is dat een aanwijzing dat het hulpmiddel niet toereikend is. Het is uiteraard niet een indicatie voor de onjuistheid en onmogelijkheid van een passende oplossing”.<sup>963</sup>

De huidige Stolker spreekt over Kortmanns bezwaar als “een spijtige vorm van juristerij”,<sup>964</sup> Nieuwenhuis heeft het over “vlakke meetkunde”<sup>965</sup> in het recht,<sup>966</sup> en Hartlief noemt het “overdreven”<sup>967</sup> dat de Hoge Raad een dergelijke vergelijking onmogelijk acht. En inderdaad is het bezwaar niet onoverkomenlijk. De Hoge Raad baant zich immers via artikel 6:97 BW op juridisch verantwoorde wijze een weg uit de moeilijkheden. Dat er een uitweg kan worden gevonden op een manier die in het rechtssysteem past, verbaast niet. Wat niettemin frappeert is dat volgens deze benadering de logica van het recht terzijde kan worden geschoven zodra een politiek of sociaal onwenselijke uitkomst dreigt. Nieuwenhuis haalt ter ondersteuning rechter Oliver Wendell Holmes in dit verband aan: “The Life of the Law has not been Logic, it has been Experience.”<sup>968</sup> Het recht is volgens dit citaat geen kwestie van logisch redeneren, maar het resultaat van een door de jaren heen ontwikkeld rechtvaardigheidsgevoel. Nog duidelijker is de volgende bekende, ook door Nederlandse juristen aangehaalde overweging van een Engelse parlementaire commissie: “Logic is an artefact and, if social justice requires that there should be a remedy given for a wrong, then logic should not stand in the way.”<sup>969</sup>

962 Conclusie, sub 53.

963 C.H. Sieburgh (2004b), “Schadevergoeding én leven. Who is afraid of red, yellow and blue?”, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2004, p. 1581.

964 Stolker en Sombroek-Van Doorn 2003, p. 502.

965 J.H. Nieuwenhuis, “Hellend vlak. Kelly en de claimcultuur”, *NJB* 2003 afl. 27, p. 1382.

966 Zie ook Den Hartogh die deze argumentatie onder de noemer van “vlakke meetkunde in het recht” bespreekt (Den Hartogh 2005b, p. 22).

967 Hartlief 2005, p. 243.

968 Nieuwenhuis 2003, p. 1382.

969 Law Commission (Law/Com No. 60 Cmnd. 5709), *Report on Injuries to Unborn Children*, 1974, p. 34. Aangehaald door Stolker 2003, p. 502; Den Hartogh 2005a, p. 22; D. Heyd, *Genethics*.

De flexibiliteit van deze juristen om het schadevergoedingsrecht aan te passen in het geval van Kelly Molenaar, is uiteraard vanuit sociaal oogpunt sympathiek en invoelbaar te noemen, helemaal indien het slechts het nemen van een formele hobbel zou betreffen. Bovendien lijkt het verschil tussen de situatie waarin een ongeboren vrucht door een arts letsel wordt toegebracht en het geval van Kelly miniem, zoals Hartkamp en Nieuwenhuis ook benadrukken.<sup>970</sup>

Toch lijkt er meer aan de hand dan alleen een formeel-juridisch obstakel. Zoals Vranken het treffend in zijn noot bij het arrest formuleert is “wat de Hoge Raad hier in wezen doet, [...] de ethische angel uit het probleem wegsnijden en er een schadebegrotingsvraag van maken”.<sup>971</sup> In wezen is er een fundamenteel ethische kwestie in het geding. Geen enkele juridische constructie kan verhullen dat het uiteindelijk Kelly's leven is dat aan haar wordt vergoed. Dat de vergelijkingsmethode vervolgens niet kan worden toegepast is daar slechts een juridisch-technisch symptoom van. Alhoewel de Hoge Raad nadrukkelijk ontkent “dat het gehandicapte leven van Kelly lager moet worden gewaardeerd dan haar niet-bestaan”,<sup>972</sup> lijkt de Hoge Raad dat bij het vaststellen van de omvang van de schade nu juist wel te vooronderstellen. Deze conclusie kan niet alleen worden getrokken op grond van de omvang van de schadevergoeding die de Hoge Raad toewijst, maar lijkt reeds voort te vloeien uit de aard van de normschending die de Hoge Raad stilzwijgend vaststelt. Dat verdient enige uitleg.

Volgens de Hoge Raad was de verloskundige niet alleen aan de moeder maar ook aan Kelly verplicht om prenatale diagnostiek te verrichten.<sup>973</sup> De vraag is en blijft welk belang Kelly zou hebben gehad bij dergelijk onderzoek. Twee mogelijkheden dienen zich aan: Kelly had er belang bij *niet* geboren te worden, of Kelly had er belang bij *zonder handicaps* geboren te worden. De laatste mogelijkheid valt af, aangezien volgens de Hoge Raad Kelly's handicaps niet alleen *de facto* (Kelly's handicaps waren immers aangeboren) maar ook *de iure* (op basis van een juridische fictie dat Kelly wel gezond geboren had kunnen worden) niet kunnen worden gescheiden van haar leven. Een dergelijke “gekunstelde splitsing tussen het kind en haar handicaps” kon immers “niet [...] worden aanvaard”,<sup>974</sup> zo overwoog de Hoge Raad bij de vaststelling van de omvang van de schade. Het is hoogstwaarschijnlijk dat de Hoge Raad de splitsing tussen Kelly's leven en handicaps evenmin aanvaardt bij vaststelling van de normschending. Het ziekenhuis en de verloskundige voeren nog aan “dat de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de kosten van opvoeding en verzorging van Kelly, maar uitsluitend ter voorkoming dat Kelly met ernstige handicaps door het leven moet

---

*Moral issues in the creation of people*, Berkeley/Los Angeles/Oxford: University of California Press 1992, p. 34.

970 Conclusie, sub 53; Nieuwenhuis 2003, p. 1382.

971 Zie zijn noot bij het arrest (NJ 2006, 606, sub 17).

972 *Baby Kelly*, r.o. 4.15.

973 *Baby Kelly*, r.o. 4.13.

974 *Baby Kelly*, r.o. 4.20.

gaan". De Hoge Raad verwerpt dit verweer, en stelt in plaats daarvan dat toewijzing van Kelly's vordering tot vergoeding van alle opvoedings- en verzorgingskosten – en niet slechts de extra kosten van de handicaps – “past bij de grondslag van de onderhavige aansprakelijkheid”.<sup>975</sup> Daarmee lijkt het erop dat de Hoge Raad reeds op het niveau van de normschending onderscheid weigert te maken tussen Kelly's leven en haar handicaps.<sup>976</sup>

Hoewel de Hoge Raad het niet expliciteert, is de enige mogelijkheid die dan overblijft en die past bij de omvang van de schadevergoeding, dat Kelly's belang bij het verrichten van prenatale diagnostiek was gelegen in het feit dat zij dan de mogelijkheid zou hebben gehad om te worden geaborteerd, en een deerniswekkend bestaan zou zijn bespaard gebleven. In de woorden van Sieburgh:

“Omdat de Hoge Raad in het kader van de vergoedbaarheid van de schade en het causale verband refereert aan de fout en oordeelt dat alleen vergoeding van alle kosten die aan het leven van Kelly zijn verbonden de gemaakte fout kan compenseren introduceert hij impliciet het probleem dat expliciet heeft getracht te bestrijden: Kelly heeft effectief wel recht op haar eigen niet-bestaan.”<sup>977</sup>

Doordat de Hoge Raad op geen enkel moment de jegens Kelly geschonden norm nader onder woorden tracht te brengen, heeft de Hoge Raad “de kans laten lopen om ook inhoudelijk de tegenwerping te ondervangen dat Kelly effectief wél recht heeft op haar eigen niet-bestaan”.<sup>978</sup>

De conclusie moet luiden dat de Hoge Raad, op weliswaar impliciete wijze, dan toch een belang om niet te worden geboren erkent, althans die indruk niet overtuigend weet te weerleggen. Dat belang is geen af te dwingen recht, aangezien het in laatste instantie de moeder is die over abortus beslist. Het belang is een afgeleide van het belang dat de moeder kan hebben bij abortus. De toekenning van de vordering tot vergoeding van al Kelly's bestaanskosten, gecombineerd met de conclusie van de Hoge Raad dat Kelly het slachtoffer is geworden van een onrechtmatige daad, leidt op die manier tot de volgende conclusie: als Kelly geen *recht* had om niet geboren te worden, dan had zij daar op zijn minst wel een door de Hoge Raad erkend *belang* bij.

De consequenties van een dergelijke redenering reiken ver. Juist Kelly's geboorte, waaraan haar juridische persoonlijkheid is verbonden, wordt dan aangewezen als schadetoebrengend feit. Technisch-juridisch is een dergelijke con-

975 *Baby Kelly*, r.o. 4.20.

976 Ook Sieburgh leest de verwijzing van de Hoge Raad naar “de grondslag van de onderhavige aansprakelijkheid” als een verwijzing naar de inhoud van de geschonden norm (C.H. Sieburgh, “Schadevergoeding én leven. Compositie met rood, geel en blauw”, *WPNR* 2005, nr. 6637, p. 757).

977 Sieburgh 2005, p. 762.

978 Sieburgh 2004b, p. 1583; Sieburgh 2005, p. 762.

structie mogelijk, mede dankzij de nasciturus-fictie van 1:2 BW.<sup>979</sup> Toch geeft toepassing van die regel op de wrongful life claim een vreemd resultaat. Als het in het *belang* van het kind is, kunnen we een kind als reeds geboren (en dus als juridische persoon) aanmerken om zijn privaatrechtelijke belangen veilig te stellen. In dit geval zou dat dan het belang zijn om niet geboren te worden. De consequentie is dat we het kind dan als *reeds geboren* aanmerken om zijn belang om *niet geboren* te worden juridisch te behartigen.

#### 5.2.1.3 *De betekenis van menselijke waardigheid in het Baby Kelly-arrest*

Niet alleen is deze constructie bijzonder, maar ook roept zij vragen op over Kelly's waardigheid. Doordat de Hoge Raad een scheiding van het kind en haar handicaps te gekunsteld acht, moet Kelly's leven in zijn geheel als schadepost in het arrest worden opgevoerd. De Hoge Raad stelt daarmee in wezen dat voor Kelly niet alleen haar handicaps, maar haar hele leven een bron van schade en lijden vormt. Aangezien Kelly ook geestelijk gehandicapt is, kan zij haar eigen gevoelens over haar leven en de mate van lijden niet kenbaar maken, zodat het haar ouders en de Hoge Raad zijn die in feite voor haar de afweging maken of ze er belang bij had om niet geboren te worden.

Dat de “belangen van het ongeboren kind”,<sup>980</sup> ondergeschikt zijn aan de belangen die zijn moeder kan hebben bij een abortus, is volledig in overeenstemming met de abortuswetgeving. Bij afweging van de beschermwaardigheid van ongeboren leven en de zelfbeschikkingsvrijheid van de moeder, wegen de belangen van de moeder in het geval van een “noodtoestand” zwaarder, zo luidt de consensus in de meeste westerse landen. Dat wil echter nog niet zeggen dat de belangen van het kind bij een abortus *gelijk* zijn aan de belangen van de moeder. Zoals Vranken schrijft naar aanleiding van de zaak, dient de moeder weliswaar bij haar besluit om al dan niet tot abortus over te gaan “uiteraard mede het belang van het kind (en van de vader) [...] te dienen, maar óf en hoe zij dit doet, staat uiteindelijk, behoudens samenspraak met de arts, alleen aan haar ter beoordeling en verantwoording”.<sup>981</sup> Toch lijkt de Hoge Raad in zijn argumentatie de belangen van het kind wel degelijk gelijk te trekken met die van de moeder, hetgeen tot de pijnlijke conclusie leidt dat het kind een belang bij zijn eigen abortus zou hebben gehad. Kortom, door een normschending jegens het gehandicapte kind af te leiden uit de normschending jegens zijn moeder, en een schadevergoeding voor alle bestaanskosten aan het kind toe te wijzen, vermijdt onze hoogste rechter weliswaar toekenning van een *recht* om niet geboren te worden, maar kan hij uiteindelijk niet aan de redenering ontsnappen dat een gehandicapte persoon onder

979 “Het kind waarvan een vrouw zwanger is wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert. Kom het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan” (art. 1:2 BW).

980 In de formulering van de Hoge Raad, zie *Baby Kelly*, r.o. 4.13.

981 Vranken in zijn noot bij *NJ* 2006, 606, sub 19.

bepaalde omstandigheden er belang bij had kunnen hebben om geaborteerd en niet geboren te worden.

Het argument van de menselijke waardigheid in haar kantiaanse interpretatie, ofwel *human dignity as constraint*, treft dan alsnog doel. Op grond van het collectieve mensbeeld dat ten grondslag ligt aan deze interpretatie van de menselijke waardigheid dient Kelly beschermd te worden tegen haar oordeel dat zij beter geaborteerd had kunnen worden. De Hoge Raad voert ter verdediging nog het volgende aan:

“Door van die bevoegdheid [om de schade te begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is] gebruik te maken, ontkent de rechter niet de menselijke waardigheid van het gehandicapt geboren kind en doet hij daaraan evenmin tekort. De toewijzing van de onderhavige vordering is immers niet gebaseerd op het oordeel dat het gehandicapte bestaan van Kelly lager moet worden gewaardeerd dan haar niet-bestaan, maar op het feit dat – op de hiervoor in 4.14 uiteengezette gronden – moet worden aangenomen dat het LUMC en de verloskundige onrechtmatig jegens haar hebben gehandeld door tekort te schieten in de nakoming van de zorgplicht die zij ook jegens de nog ongeborne vrucht hadden. Door het LUMC en de verloskundige op die grond schadeplichtig te achten, wordt aan de menselijke waardigheid van Kelly niet tekort gedaan, maar wordt zij juist in staat gesteld, voor zover betaling van een geldsbedrag dat kan bewerkstelligen, zoveel mogelijk een menswaardig bestaan te leiden.”<sup>982</sup>

Blijkens deze overweging acht ook de Hoge Raad het strijdig met de menselijke waardigheid om Kelly's leven lager te waarderen dan haar niet-bestaan. Daarmee doelt de Hoge Raad op menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie. Volgens de Hoge Raad wordt Kelly's bestaan echter niet lager gewaardeerd dan haar niet-bestaan, maar wordt er slechts een onrechtmatige daad jegens haar geconstateerd. Toch is hierboven gebleken dat het belang waarin Kelly als gevolg van de onrechtmatige daad is getroffen niet anders dan het belang om niet geboren te worden kan zijn.

Voorts beschouwt de Hoge Raad zijn arrest juist in overeenstemming met een andere interpretatie van de menselijke waardigheid, ofwel menselijke waardigheid in haar individuele dimensie, waardigheid als vorm van *empowerment*. Via de schadevergoeding wordt Kelly juist in staat gesteld een menswaardig bestaan te lijden, luidt dan de redenering, die een echo lijkt van het oordeel van de Hoge Raad in *Wrongful Birth I*. Daarmee heeft de Hoge Raad op zichzelf gezien een sterk punt. Zoals we nog met name zullen zien in het geval van de Franse situatie na de invoering van de Loi Anti-Perruche, blijven gehandicapt geboren kinderen financieel in de kou staan als gevolg van een benadering van wrongful life op basis van menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie.

---

982 *Baby Kelly*, r.o. 4.15.

Desalniettemin geeft de Hoge Raad op deze manier niet werkelijk antwoord op de vraag waarom de toewijzing van vergoeding van alle bestaanskosten geen ontkenning zou vormen van de menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie. Zoals Vranken schrijft, is er hier sprake van “een volmaakte cirkelredenering”.<sup>983</sup> Loth spreekt in dat verband zelfs van een motiveringstekort van het arrest.<sup>984</sup> Volgens hem zal niemand ontkennen dat toekenning van schadevergoeding Kelly in staat stelt een comfortabeler bestaan te leiden, en dat toewijzing van de vordering in die zin in overeenstemming is met haar menselijke waardigheid. Het tegenargument luidt echter dat het in strijd is met de menselijke waardigheid om iemands hele bestaan als schadepost te bestempelen, een argument dat de Hoge Raad op deze manier niet weet te ontcrachten. De poging van de Hoge Raad om de uitkomst van het arrest met een beroep op de menselijke waardigheid te rechtvaardigen slaagt volgens Loth om die reden niet:

“In de overwegingen van de Hoge Raad verandert de menselijke waardigheid van een principieel in een pragmatisch argument, waardoor het niet alleen te ruim is, maar ook geen weerlegging vormt van het relevante tegenargument. Door de vordering toe te wijzen en tegelijkertijd te betogen dat dit niet in strijd is met de menselijke waardigheid, heeft de Hoge Raad zich in een onmogelijke positie gebracht waaruit hij zich alleen heeft weten te redden door een denaturering van dat principe.”<sup>985</sup>

Kortom, hoewel onze hoogste rechter het in strijd acht met de menselijke waardigheid om gehandicapt leven lager te waarderen dan niet-leven, lijkt hij een dergelijke vooronderstelling in zijn arrest toch te maken, of weet die indruk niet overtuigend te weerleggen. Ik ben het daarom met Den Hartogh eens wanneer hij het volgende stelt:

“De Hoge Raad ontkomt er niet aan impliciet te vooronderstellen dat Kelly schade heeft geleden door het enkele feit dat zij (nog) bestaat, maar beschouwt tegelijk zo’n oordeel als in strijd met de menselijke waardigheid.”<sup>986</sup>

Volgens Den Hartogh had de Hoge Raad er beter openlijk voor uit kunnen komen dat Kelly er belang bij had om niet geboren te worden. Toekenning van schadevergoeding voor leven hoeft zijns inzien niet haaks te staan op respect voor menselijke waardigheid. Zijn betoog is daarmee te beschouwen als een poging

983 In zijn woorden: “A maakt een fout, B vordert schadevergoeding. De vraag rijst of die vordering ethisch wel kan. Ja, antwoordt de Hoge Raad, want er is immers een fout gemaakt. Het antwoord op de vraag naar de ethische toelaatbaarheid ligt daarin in het geheel niet besloten” (Vranken in zijn noot bij NJ 2006, 606, sub 17).

984 M. Loth, “*Engaged in a search for justice*”. Over grenzeloze aansprakelijkheid en de moeizame integratie van een moreel principe”, in: M. Buijsen (red.), *Onrechtmatig leven? Opstellen naar aanleiding van Baby Kelly*, Nijmegen: Valkhof Pers 2006, zie onder meer p. 40 en 46.

985 Loth 2006, p. 47.

986 Den Hartogh 2005b, p. 463.

om het arrest alsnog van een juiste motivering te voorzien.<sup>987</sup> Deze interessante visie biedt gelegenheid om wat dieper in te gaan op de betekenis van menselijke waardigheid in de context van wrongful life.

Ter onderbouwing van zijn positieve oordeel over de uitkomst van het arrest trekt Den Hartogh een parallel tussen euthanasie en wrongful life. Net als euthanasie berust wrongful life op de overweging van een persoon dat het voor hem beter zou zijn het leven niet voort te zetten, zo is Den Hartogh van mening. Dat persoonlijke oordeel getuigt niet van een gebrek aan respect voor de menselijke persoon:

“Essentieel [...] is dat het oordeel over de waarde van een voortgezet leven een oordeel is vanuit het gezichtspunt van de betrokkene zelf: het betreft de waarde van dat leven *voor hem*. Dus niet de waarde van zijn leven voor zijn familieleden of voor de maatschappij. Wat de menselijke waardigheid aantast is alleen de opvatting dat iemands leven maar beter kan eindigen omdat het een last is voor anderen, of omdat het niet voldoet aan de een of andere veronderstelde objectieve maatstaf ('lebensunwertes Leben'). Als levensbeëindiging op verzoek en de beslissing af te zien van levensverlengende behandeling de menselijke waardigheid niet hoeven aan te tasten, geldt dat a fortiori ook voor wrongful life claims.”<sup>988</sup>

De redenering is dat de ratio achter inwilliging van een euthanasie-verzoek en toewijzing van een wrongful life vordering overeenkomen. Mijns inziens gaat de vergelijking tussen wrongful life en euthanasie echter op meerdere punten mank.<sup>989</sup> Nog afgezien van het feit dat euthanasie een strafrechtelijk vraagstuk en wrongful life een vraagstuk uit het medische aansprakelijkheidsrecht betreft, is een relevant verschil dat euthanasie berust op een *verslechtering* van iemands fysieke toestand, op basis waarvan de persoon in kwestie niet langer zijn leven wenst *voort te zetten*. Kelly's claim luidt daarentegen dat zij überhaupt niet *geboren* had willen worden, zo blijkt uit de formulering van haar vorderingen en de hoogte van de schadevergoeding die de Hoge Raad toeweest. Met andere woorden, bij wrongful life is er slechts het verschil tussen wel en niet geboren worden, en kan in tegenstelling tot gevallen van euthanasie geen onderscheid worden gemaakt tussen de situatie voor en na de fysieke verslechtering. Kelly's afwijkingen zijn biologisch gezien *inherent aan haar bestaan*.

987 Ik ben al eens eerder ingegaan op Den Hartoghs visie op wrongful life en menselijke waardigheid (zie B.C. van Beers (2009b), “Boekbespreking” (bespreking van: M. Buijsen (red.), *Onrechtmatig leven? Opstellen naar aanleiding van Baby Kelly*, Nijmegen: Valkhof Pers 2006), *R&R* 2009-1, p. 65-71). De hierna volgende passage komt gedeeltelijk overeen met deze eerdere tekst.

988 G.A. den Hartogh, “Schadevergoeding voor het leven?”, in: M. Buijsen (red.), *Onrechtmatig leven? Opstellen naar aanleiding van Baby Kelly*, Nijmegen: Valkhof Pers 2006, p. 71. Zie ook Den Hartogh 2005b, p. 463.

989 Zie over het verschil tussen euthanasie en wrongful life ook Stolker en Sombroek-Van Doorn 2003, p. 500. Zij benadrukken dat de wrongful life actie geen vordering tot nakoming is (een vordering tot euthanasie), maar een vordering tot schadevergoeding.



Mede daardoor pakt Den Hartoghs interpretatie van de menselijke waardigheid mijns inziens verschillend uit bij toepassing op euthanasie en op wrongful life, nog los van de vraag of die interpretatie juist is. Zoals Den Hartogh schrijft is essentieel voor zijn lezing van de menselijke waardigheid hoe de betrokkene *zelf* tegen zijn leven aankijkt. Dat zien we ook terug bij euthanasie: een wettelijke voorwaarde is dat er sprake is van een vrijwillig en weloverwogen verzoek (artikel 2 lid 1 sub a *Wet toetsing levensbeëindiging*). Het oordeel dat de dood is te verkiezen boven het ondraaglijke lijden moet afkomstig zijn van degene wiens leven in het geding is. Wanneer dat niet het geval is, kan volgens Den Hartogh wel degelijk worden gevreesd voor een aantasting van de menselijke waardigheid. Van belang is daarom om te bezien of Kelly inderdaad haar eigen leven als ondraaglijk beschouwt.

Een eerste probleem daarbij is dat Kelly geestelijk ernstig gehandicapt is, zodat zij haar eigen visie hierover onmogelijk kenbaar heeft kunnen maken. Het zijn de facto haar ouders, als haar wettelijke vertegenwoordigers, en de rechter die in haar plaats een oordeel over haar leven vormen. Daarbij is het gevaar groot dat Kelly's leven langs een bepaalde "veronderstelde objectieve maatstaf" wordt gemeten, zodat ook in Den Hartoghs benadering van de menselijke waardigheid het respect voor Kelly's persoon wordt aangetast. Haar leven wordt dan als dusdanig "deerniswekkend" beschouwd, dat het 'redelijkerwijze' verkieslijk was geweest om geaborteerd te worden.

Bovendien, zelfs als we meegaan in de juridische fictie dat Kelly in staat is een visie op haar eigen leven te verwoorden, blijft het tot op zekere hoogte twijfelachtig of men überhaupt kan oordelen dat zijn niet-geboorte is te verkiezen boven zijn leven. In tegenstelling tot gevallen van euthanasie ontbreekt een punt van vergelijking. Wrongful life claims lijken een archimedisch punt te veronderstellen van waaruit men op zijn eigen bestaan kan neerkijken en tot een definitieve afweging kan komen tussen leven en niet geboren worden. De stelling dat men liever niet geboren had willen worden is een geheel andere conclusie dan de beslissing dat men zijn bestaan, aangekomen op dat specifieke punt in zijn leven, niet wenst voort te zetten.

Maar wellicht is een dergelijk oordeel toch mogelijk. Ook dan lijkt een waardeoordeel door derden over de waarde van Kelly's leven echter onvermijdelijk. Met haar wrongful life actie plaatst Kelly zich in het aansprakelijkheidsrecht met zijn eigen categorieën en kwalificaties, waarin haar concrete situatie zal moeten worden ingepast. Hoewel men terecht waarschuwt dat in kwesties als wrongful life het aansprakelijkheidsrecht grenzeloos lijkt te worden,<sup>990</sup> is het aansprakelijkheidsrecht nog niet zo ver gesubjectieerd dat alles wat de betrokkene zelf als schade beschouwt, ook in het recht als schade dient te worden gekwalificeerd. Dat betekent dat de rechter bij de beantwoording van de vraag of Kelly's leven juridisch als schadepost kan worden gekwalificeerd, niet geheel kan uitgaan van

---

990 Loth 2006, p. 46.

Kelly's veronderstelde eigen mening over haar leven. De rechter zal zich toch op een bepaalde objectieve maatstaf moeten verlaten, aan de hand waarvan hij Kelly's leven al dan niet als bron van schade opvat. Dat blijkt goed uit de beschouwing van juristen Van Kooten en Wattendorff over het *Baby Kelly*-arrest. Net als Den Hartogh zijn zij van mening dat erkenning van het belang bij eigen abortus niet in strijd is met de menselijke waardigheid.<sup>991</sup> Daarbij bepleiten ze evenwel grenzen aan de gevallen waarin schadevergoeding wordt toegekend:

“Slechts in zeer ernstige omstandigheden kan objectief worden gezegd dat het redelijkerwijs in het belang van het kind zou zijn geweest niet ter wereld te komen, en dat het kind dus belang had bij een juiste voorlichting aan de moeder. Indien aan de moeder ten onrechte informatie is onthouden over afwijkingen aan de ongeboren vrucht die naar verwachting zullen leiden tot lichte(re) handicaps, terwijl de moeder in het belang van het kind tot abortus zou zijn overgegaan indien zij daarvan op de hoogte zou zijn geweest, zal dit doorgaans niet tot het oordeel leiden dat ook jegens het kind onzorgvuldig is gehandeld. De reden daarvan is dat de lichte handicaps niet maken dat het voor het kind naar objectieve maatstaven verkieslijk was geweest niet te leven. [...] Hoe moeilijk ook, de rechter ontkomt er in een *wrongful life*-zaak dus niet aan een objectief (in de zin [...] van los van het oordeel van moeder en kind in kwestie) oordeel te geven over de vraag of de moeder kan worden gevolgd in haar oordeel dat het in het belang van het kind was geweest niet ter wereld te komen.”<sup>992</sup>

Op die manier stellen ook deze twee voorstanders van de uitkomst van het *Baby Kelly*-arrest dat in de toewijzing van *wrongful life* vorderingen noodzakelijkerwijs een objectief waardeoordeel over de kwaliteit van het gehandicapte leven in kwestie ligt besloten.

De opvattingen van rechtsfilosoof Piret kunnen eveneens goed illustreren hoe een zeker waardeoordeel door derden over de relatieve waarde van menselijk leven bij toewijzing van *wrongful life* vorderingen vrijwel onontkoombaar is. Hij bepleit in navolging van Feinberg een schadebegrip, op grond waarvan men het recht heeft “om niet geboren te worden in een leven dat dermate deerniswekkend is dat het *redelijkerwijze* niet te verkiezen valt boven nooit geboren te zijn” [cursivering BvB].<sup>993</sup> Achter de term “redelijkerwijze” kan volgens mij slechts het waardeoordeel dat de rechter of de samenleving over Kelly's leven vormt, schuil-

991 H.J. van Kooten en H.M. Wattendorff, “Het belang niet geboren te worden”, in: H.J. van Kooten, L. Strikwerda, L. Timmerman en H.M. Wattendorff (red.), *Hartkampvarianties. Opstellen aangeboden aan prof. mr. A.S. Hartkamp ter gelegenheid van zijn afscheid als procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2006, zie met name p. 44-48.

992 Van Kooten en Wattendorff 2006, p. 49.

993 J.M. Piret, “Het eigen leven als schade. Rechtsfilosofische overwegingen bij *wrongful life*”, in: M. Buijsen (red.), *Onrechtmatig leven? Opstellen naar aanleiding van Baby Kelly*, Nijmegen: Valkhof Pers 2006, p. 134.

gaan. Dat blijkt nog duidelijker wanneer Piret stelt dat “het van groot belang [is] op grond van medisch-ethische criteria de drempel vast te leggen onder dewelke er inderdaad kan gesproken worden van ‘drastisch gereduceerde ontplooiingskansen op een minimale levenskwaliteit’.”<sup>994</sup> Daarmee lijkt hij te pleiten voor toetsing van de kwaliteit van menselijk leven aan “een of andere veronderstelde objectieve maatstaf”.

Kortom, bij toewijzing van wrongful life claims ontkomt de rechter niet aan een juridisch waardeoordeel over Kelly's leven dat niet geheel is terug te voeren op Kelly's persoonlijke visie op haar leven. Dat betekent dat haar leven, hoe men het ook wendt of keert, door anderen is gewogen en te licht is bevonden om het waard te zijn geleefd te worden. Ook volgens Den Hartoghs benadering van de menselijke waardigheid lijkt mij dat onaanvaardbaar.

Dat betekent dat men met een beroep op de menselijke waardigheid in haar individuele dimensie bij de beoordeling van wrongful life vorderingen niet kan volstaan. Toetsing van Kelly's leven aan een bepaalde objectieve maatstaf dringt zich langs verschillende wegen op, zodat de beperkende, collectieve interpretatie van menselijke waardigheid onvermijdelijk in zicht komt. Doordat de Hoge Raad refereert aan de menselijke waardigheid in twee verschillende betekenissen zonder duidelijk onderscheid te maken, kan de gedachte niet volledig worden weggenomen dat het arrest strijdig is met Kelly's waardigheid in de collectieve betekenis. Er is hier sprake van een conflict tussen beide betekenissen van de menselijke waardigheid, net zoals in de debatten rond humane genetica, sadomasochisme of dwergwerpen. De Hoge Raad raakt door gebrek aan een duidelijke en consistente argumentatie verstrikt in deze tegenstrijdige betekenissen.

In de tweede mogelijke benadering van wrongful life, die het onderwerp van de volgende paragraaf zal vormen, wordt een dergelijk conflict vermeden door de introductie van een nieuw soort juridische fictie. Een ander probleem treedt dan echter op de voorgrond: kan de jurist zich onttrekken aan de biologische werkelijkheid?

#### 5.2.1.4 *Wrongful life als vergoeding voor aangeboren handicaps*

Bij lezing van de talloze commentaren die naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad zijn verschenen wordt één ding duidelijk: de meeste auteurs zijn het er over eens dat de situatie waarin Kelly zich bevindt vanuit het oogpunt van sociale rechtvaardigheid schrijnend is. Een ieder die zich in een dergelijke situatie bevindt, zou aanspraak moeten maken op een vorm van financiële steun. Waar de meningen echter over uiteen gaan, is de vorm waarin die compensatie zou moeten worden gegoten. De Hoge Raad erkent het sociale onrecht door Kelly's leven in rechte als schadepost op te vatten, terwijl Kortmann hier geen rol ziet weggelegd voor het recht, maar voor solidariteit vanuit de gemeenschap.<sup>995</sup>

<sup>994</sup> *Idem.*

<sup>995</sup> Kortmann 2004b, p. 207.

P-G Hartkamp bewandelt een derde weg, waarbij hij wordt vergezeld door Sieburgh, die zijn benadering theoretisch inkleedt.

Het voornaamste struikelblok voor de Hoge Raad bij de erkenning van de schade die Kelly heeft ondervonden, wordt gevormd door het feit dat Kelly's handicaps biologisch gezien niet zijn te scheiden van haar bestaan. Een medische benadering van de feiten laat er geen twijfel over bestaan dat Kelly's afwijkingen inherent zijn haar conceptie en bestaan. Doordat de Hoge Raad zich gedwongen acht deze interpretatie te volgen (een andere interpretatie zou immers, in de woorden van de Hoge Raad, te "gekunsteld" zijn), is het dan uiteindelijk Kelly's gehele bestaan dat de schadepost vormt in het eindoordeel. Een voordeel van deze benadering is dat op die manier een causaliteitsprobleem wordt omzeild. Het is immers onbetwist dat Kelly's geboorte het gevolg was van de medische fout. Met het vraagstuk van de causaliteit werd de rechtbank in eerste instantie echter wel geconfronteerd, aangezien toen slechts Kelly's handicaps de inzet van haar eigen vordering vormden. De rechtbank te Den Haag beschouwde het gebrek aan causaliteit als voornaamste reden om Kelly's vordering niet toe te wijzen:

"Nu het kind haar vordering baseert op geestelijk letsel als gevolg van aantasting in haar persoon – althans zo begrijpt de rechtbank haar stelling – strandt haar vordering omdat deze aantasting in persoon niet als gevolg van de fout van de verloskundige redelijkerwijze aan haar toegerekend kan worden. Het kind is immers niet gehandicapt als gevolg van de fout van de de verloskundige, want haar chromosomale afwijking bestond al, maar zij is als gevolg van die fout – enkel – geboren. Derhalve ontbreekt er (verder) causaal verband tussen het gestelde geestelijk letsel en de fout van de verloskundige."<sup>996</sup>

Aangezien Kelly voor de rechtbank de verloskundige niet had verweten dat zij geboren was, en daardoor alleen haar handicaps als immateriële schade in de afweging werden betrokken, moest Kelly's vordering stranden op een gebrek aan causaliteit. Het ontstaan van Kelly's handicaps kan niet aan de verloskundige worden toegeschreven, omdat deze laatste die niet heeft veroorzaakt, zo oordeelde de Rechtbank.

In reactie op de afwijzing van haar vordering, paste Kelly in hoger beroep haar klacht aan, en verweet de verloskundige deze keer wel dat zij geboren is.<sup>997</sup> Ditmaal trof de vordering doel. Het Gerechtshof was een andere mening dan de Rechtbank toegedaan, onder meer in het causaliteitsvraagstuk:

"Ook tegen de beslissing terzake van het causaal verband wordt terecht opgeko-  
men, omdat de Rechtbank daarbij te eenzijdig is uitgegaan van een medisch-bio-

996 Rechtbank Den Haag, 2 februari 2000, LJN-nummer AA4723, zaaknummer 96/1581 (*Baby Kelly*; *Njkort* 2000/54), r.o. 6.6.

997 Hof Den Haag 26 maart 2003, *NJ* 2003, 249 (*Baby Kelly*), r.o. 33.

logische visie. Uiteraard is onloochenbaar dat de dochter biologisch gezien een chromosomale afwijking had onafhankelijk van het gedrag van de verloskundige, maar de Rechtbank heeft miskend dat het erom gaat dat in casu de mogelijke aanwezigheid van die afwijking had kunnen worden erkend middels het ten onrechte nagelaten genetisch onderzoek, zodat door tijdig (menselijk) ingrijpen de geboorte van een gehandicapt kind voorkomen had kunnen worden.”<sup>998</sup>

Het Hof maakt een interessant punt, maar werkt het niet verder uit. Want wat is het alternatief van de medisch-biologische visie van de Rechtbank die door het Hof wordt bekritiseerd? In welke zin wijkt een juridische visie op de feiten af van een medisch-biologische? Het Hof blijft ons het antwoord schuldig. Het antwoord was voor het eindoordeel van het Hof ook niet noodzakelijk, aangezien het Hof net als de Hoge Raad de schade uiteindelijk niet los van de geboorte dacht, en dus ook vergoeding voor de kosten van opvoeding en verzorging toeweest.

P-G Hartkamp gaat in zijn conclusie nader op deze alternatieve benadering in. In tegenstelling tot de Hoge Raad benoemt hij daarbij openlijk Kelly's belangen waarop zijns inziens inbreuk is gemaakt:

“Dat belang is, vanzelfsprekend, om niet met ernstige handicaps door het leven te hoeven gaan. Ook de met de moeder gesloten overeenkomst strekte (mede) ertoe dat belang te dienen. Dat belang kan m.i. niet worden ontkend met de overweging dat er zonder de fout geen leven en dus ook geen handicaps geweest zouden zijn. [...] De kern van de zaak is dat Kelly is geboren; abortus is niet meer aan de orde.”<sup>999</sup>

Hartkamp ontkent op die manier expliciet dat Kelly's leven een schadefactor vormt. De handicaps moeten daarentegen als enige bron van schade worden gezien. Dat haar handicaps genetisch zijn en op die manier onlosmakelijk verbonden met haar bestaan, acht Hartkamp niet een onoverkomenlijk probleem. Hartkamps uitgangspunt is terug te zien bij de hoogte van de schade die hij voor vergoeding in aanmerking laat komen:

“Kelly kan niet met succes vergoeding van schade vragen omdat zij niet geaborteerd is. [...] Zij kan, gegeven het feit dat zij (gehandicapt) geboren is, vergoeding vragen van de door de handicaps teweeggebrachte schade. Die vordering op zichzelf verschilt niet van de vordering van een kind dat geboren is met een handicap die door een medische fout in utero is veroorzaakt.”<sup>1000</sup>

---

998 Hof Den Haag (*Baby Kelly*), r.o. 37.

999 Conclusie *Baby Kelly*, sub 46.

1000 Conclusie *Baby Kelly*, sub 46.

Met andere woorden, de kosten voor opvoeding en verzorging komen in het kader van Kelly's vordering geenszins voor vergoeding in aanmerking. De overschreden norm is niet dat Kelly niet is geaborteerd, maar is erop gericht dat het kind niet met ernstige handicaps door het leven hoeft te gaan. Stuitte de Hoge Raad in zijn oordeel op moeilijkheden bij het vergelijken van het bestaan met het niet-bestaan, Hartkamp kan deze via zijn lezing van de feiten vermijden, zoals hij ook zelf stelt:

“Nu de geschonden norm ertoe strekt te voorkomen dat Kelly met ernstige handicaps door het leven moet gaan, komt de schade die in verband staat met de handicaps voor vergoeding in aanmerking. [...] Nu het kind eenmaal leeft en juist doordat het leeft de vergelijking zich opdringt met een kind zonder de handicaps in kwestie, is het m.i. het meest in overeenstemming met de aard van de schade van het kind dat deze wordt begroot door middel van een vergelijking met een gezond leven, althans een leven zonder de handicaps in kwestie.”<sup>1001</sup>

Om de schade te bepalen stelt Hartkamp Kelly's schadevergoedingsrechtelijke situatie gelijk aan de situatie van een kind wiens handicaps tijdens de zwangerschap door een medische fout zijn veroorzaakt, en dat dus gezond geboren had kunnen worden. Omdat hij alleen de handicaps als bron van schade beschouwt, kan een dergelijke benadering volstaan. Op deze manier loopt Hartkamp niet zoals de Hoge Raad tegen problemen aan bij het toepassen van de vergelijkingsmethode uit het schadevergoedingsrecht. De toets hoeft niet langer een onmogelijke vergelijking tussen bestaan en niet-bestaan te zijn, maar dient een vergelijking van een gezond leven met een gehandicapt leven te zijn. Compensatie voor Kelly's handicaps is dan geboden, in overeenstemming met de strekking van Hartkamps conclusie.

Een groot voordeel van Hartkamps benadering is dat zij niet strijdig is met de kantiaanse uitleg van menselijke waardigheid als een collectief rechtsgoed. Via deze constructie van de wrongful life claim wordt immers omzeild dat Kelly's leven als schadepost wordt opgevoerd. Kelly hoeft zich er niet op te beroepen dat zij liever niet zou zijn geboren, maar kan volstaan met zich te beklagen over haar handicaps. Tegelijkertijd laat deze lezing de mogelijkheid open voor financiële compensatie van haar aangeboren afwijkingen. Is een oordeel over de waarde van een gehandicapt leven uiterst controversieel, de stelling dat een handicap een schadepost vormt lijkt voor een ieder aanvaardbaar. Op die manier verenigt Hartkamps benadering het beste van de twee alternatieve benaderingen in zich: Kelly wordt financieel geholpen zonder dat er sprake is van een inbreuk op de menselijke waardigheid.

---

1001 Conclusie, sub 52.

Wat echter opzien baart, is dat in Hartkamps benadering een gezond leven zonder handicaps als norm wordt gehanteerd voor een kind dat op geen enkele manier zonder handicaps ter wereld had kunnen komen. Hartkamps juridische redenering gaat langs de wetten van de biologie heen, en druist in tegen de gangbare opvattingen over causaliteit. Als het slechts de aangeboren handicap is die de schadepost vormt, waarom zouden het LUMC en de verloskundige dan nog aansprakelijk moeten worden gesteld? De afwijking is immers genetisch van aard, en is ontstaan zonder enige interventie van derden. Als er iets of iemand aansprakelijk is, dan zou het strikt genomen de natuur of de biologie zijn. Om zich tegen deze problematiek in te dekken, neemt Hartkamp in plaats van een medisch-biologische visie stilzwijgend een juridische fictie tot uitgangspunt. En wel een nieuw soort juridische fictie. Sieburgh omschreef de inhoud van die fictie reeds voor het wijzen van het arrest als volgt:

“Als de arts de aldus vastgestelde norm niet had geschonden door het concrete belang van het kind in aanmerking te nemen, zou het kind bestaan hebben zonder aantasting van het door deze norm beschermde belang.”<sup>1002</sup>

Dat belang van het kind is ook volgens Sieburgh het belang om zonder handicaps te worden geboren. Daarmee hanteert zij dezelfde interpretatie van Kelly's vordering als Hartkamp. Maar waar Hartkamp een dergelijke fictie zonder verdere toelichting aan zijn oordeel ten grondslag legt, gaat Sieburgh in een later artikel een stap verder door zich hardop af te vragen of de fictie ook op haar plaats is binnen deze context. “Cruciaal is of de handicaps die niet zijn los te maken van Kelly's leven, daarvan wel los gedácht kunnen en mogen worden.”<sup>1003</sup>

Als het Kelly in de tastbare werkelijkheid niet is gegeven om zonder afwijkingen ter wereld te komen, is de jurist dan wel geoorloofd uit te gaan van het tegendeel? Het antwoord luidt volgens Sieburgh *ja*. Ter onderbouwing beschrijft zij hoe de jurist wel vaker constructies tot stand brengt met een geheel eigen logica, en daarbij geen rekening hoeft te houden met de beperkingen die de natuur hem oplegt. Het recht fingeert waar nodig de werkelijkheid, en construeert zijn eigen visie op de natuur. Binnen het juridisch universum zijn de wetten van de natuur onderworpen aan de wetten van het recht.

“Zelden laat een jurist zich in zijn denkproces belemmeren door natuurwetten, soms slechts omdat hem het vermogen daartoe ontbreekt. Dikwijls neemt hij de beperkingen die de natuur oplegt zelfs uitdrukkelijk met een korreltje zout. [...] Wat

1002 C.H. Sieburgh (2004a), “Toewijsbaarheid van de wrongful life-vordering is geen ontkenning van ‘het zijn’”, *RM Themis* 2004, nr. 4, p. 204.

1003 Sieburgh 2004b, p. 1573; Sieburgh 2005, p. 758.

de natuur niet kan, kan de jurist bij uitstek: gegevens die in de tastbare werkelijkheid samengaan, onderscheiden en van elkaar losdenken.”<sup>1004</sup>

Sieburghs beschouwingen roepen enkele uitgangspunten van hoofdstuk 2 over het juridisch persoonsbegrip in herinnering. Daarin werd het huidige juridische persoonsbegrip beschreven als een combinatie van een nominalistische, artificialistische visie op de persoon enerzijds, en een natuurrechtelijke of ontologische benadering anderzijds. Door haar hybride aard verhoudt de juridische persoon zich op ambivalente wijze tot de mens in zijn lichamelijke aspecten. Die verhouding varieert niet alleen in de tijd, maar ook naar gelang de context waarin zij figureert.

Is er in het recht op die manier altijd sprake van een zekere manipulatie van de concrete werkelijkheid, in de wrongful life claim raken feit en fictie op een nieuwe en intrigerende wijze met elkaar verknoopt. De vordering berust voor een belangrijk deel op juridische ficties. Aan de vordering liggen in de eerste plaats klassieke juridische ficties ten grondslag. Daarbij kan men denken aan de fictie van juridische vertegenwoordiging en de nasciturus-fictie. Zonder deze ficties zou het onmogelijk zijn om van klachten als die van Kelly überhaupt juridisch kennis te nemen. De klacht van een negenjarig,<sup>1005</sup> geestelijk gehandicapt kind zonder spraakvermogen, dat het liever niet geboren had willen worden, doet buiten de wereld van het recht tamelijk surrealistisch aan.

Daarnaast kan er in de uitspraak, zoals gezegd, een nieuwe fictie worden gelezen, die tot dan toe onbekend was in het recht. In Sieburghs interpretatie van Kelly's vordering tekent zich een uitermate kunstmatig persoonsbegrip af. De fictie dat Kelly zonder handicaps geboren had kunnen worden heeft verstrekkende consequenties. Het persoonsbegrip kenmerkt zich in het algemeen door een zekere mate van abstractie van de mens van vlees en bloed, omdat in het recht nu eenmaal in generalisaties en classificaties wordt gedacht. In de wrongful life vordering, zoals Hartkamp en Sieburgh haar interpreteren, wordt de abstractie echter nog een cruciale stap verder gevoerd: niet alleen is het dan mogelijk Kelly als juridische persoon los te denken van haar concrete, fysieke (en dus gehandicapte) verschijning, maar ook wordt het Kelly via toewijzing van haar claim mogelijk gemaakt tegen haar concrete, belichaamde bestaan in rechte op te komen. Op die manier wordt het onderscheid tussen de juridische persoon en de belichaamde persoon geradicaliseerd. Anders gezegd, de lichamelijke verschijningsvorm van Kelly wordt onderworpen aan de juridische persoon van Kelly. Ook al had Kelly alleen maar in een gehandicapt lichaam geboren kunnen worden, toch kan die handicap volgens de logica van het recht als een ongerechtvaardigde inbreuk op Kelly's belangen worden begrepen.

1004 Sieburgh 2004b, p. 1573-1574; Sieburgh 2005, p. 758.

1005 Ten tijde van de uitspraak door het Hof Den Haag.



Jammer genoeg is Sieburgh één van de weinige juridische auteurs in Nederland die beschouwingen heeft gewijd aan de juridische fictie die ten grondslag ligt aan de wrongful life claim, uitgelegd als een vordering tot vergoeding van de handicaps. In het Franse debat dat naar aanleiding van de *affaire Perruche* ontstond, vormde deze problematiek echter één van de hoofdpunten.<sup>1006</sup> De wrongful life vordering heeft daar niet alleen geleid tot discussies over rechtssubjectiviteit en de plaats van het lichaam in het recht, maar ook heeft zij geleid tot verdere gedachtevorming over de relatie van het recht tot de biologische werkelijkheid.

## 5.2.2 Wrongful life in Frankrijk

### 5.2.2.1 Voorgeschiedenis van een controverse

Het rumoer rondom de Perruche-affaire deed niet onder voor een nationaal schandaal met politieke en maatschappelijke repercussies. Niet alleen de media-aandacht waarmee de zaak werd overstelpt getuigt daarvan, maar ook de stakingen, betogingen, politieke debatten en talloze publicaties die erop volgden wijzen in die richting. Het arrest werd onder meer een *Hiroshima métaphysique* en een *délire d'imputation* genoemd,<sup>1007</sup> en werd in verband gebracht met een *eugénisme de précaution*,<sup>1008</sup> *l'handiphobie*,<sup>1009</sup> een *droit à l'euthanasie prénatale*,<sup>1010</sup> *la voie d'un eugénisme sans garde-fou*,<sup>1011</sup> maar vooral ook met een *droit de ne pas naître*.<sup>1012</sup> De aanleiding voor de overweldigende commotie werd gevormd door slechts een paar regels rechterlijke overwegingen. De Cour de Cassation overwoog dat:

“[...] dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme P. avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint

1006 Over de verschillen tussen de Franse en Nederlandse juridische debatten over wrongful life, zie Van Beers 2009b.

1007 Uitspraken van D. Folscheid en D. Moyse (in *Lettre de l'Espace Ethique: Dossier Perruche*), aangehaald door Pech (Pech 2002, p. 210).

1008 In de conclusie van Sainte-Rose bij het *Perruche*-arrest (*JCP* 2000, Jur., II, 10438, p. 2308).

1009 Naar aanleiding van het arrest richtte een aantal ouders van gehandicapte kinderen het zogenoemde *Collectif des parents contre l'handiphobie* op.

1010 In een manifest dat door een grote groep vooraanstaande juristen werd ondertekend, en werd gepubliceerd in de krant *Le Monde* (zie C. Labrusse-Riou en B. Mathieu (Labrusse-Riou en Mathieu 2000a), “La vie humaine comme préjudice”, *Le Monde* 24 november 2000) en in het juridisch vakblad *Recueil Dalloz* (C. Labrusse-Riou en B. Mathieu (Labrusse-Riou en Mathieu 2000b), “La vie humaine peut-elle être un préjudice?”, *D.* 2001-44, p. III-IV). De formulering komt van X. Labbée in zijn noot onder de uitspraak van TGI de Lille 6 mei 1996 (*D.* 1997, p. 543). Zie ook Canselier 2000, p. 95.

1011 In *Le Manifeste des 17*, een manifest ondertekend door 17 bekende publieke persoonlijkheden (waaronder voorzitter van het CCNE Didier Sicard, en de filosofen Taguieff en Guillebaud) gepubliceerd in de krant *L'Express* van 3 januari 2002. Zie <[www.lexpress.fr/info/societe/dossier/nicolas/dossier.asp?id=425400](http://www.lexpress.fr/info/societe/dossier/nicolas/dossier.asp?id=425400)>.

1012 Zie hierna uitgebreid.

d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues.”<sup>1013</sup>

Deze formele volzin vormt de kern van het Franse debat rondom wrongful life. Weliswaar ging het oordeel vergezeld van een conclusie van *avocat général* Jerry Sainte-Rose, en een rapport van *conseiller* Pierre Sargos, maar beide documenten nemen de behoefte aan een nadere motivering van de Cour de Cassation niet weg. Zoals Vranken stelt naar aanleiding van de *Perruche*-jurisprudentie, is de zakelijke stijl van motiveren van de Franse Hoge Raad “niet erg geschikt om spoedig duidelijkheid te brengen”.<sup>1014</sup> Inderdaad laat de zakelijke en enigmatische wijze waarop de Cour de Cassation in het algemeen haar oordelen velst vooral te wensen over wanneer het een gevoelige en ethische kwestie als deze betreft. Volgens strafrechtsgeleerde en rechtsfilosoof Salas is het daarom niet alleen aan de media te wijten dat de uitspraak de proporties van een schandaal heeft aangenomen, maar heeft de Cour de Cassation de negatieve aandacht voor een groot deel ook aan zichzelf te danken:

“La Cour de cassation est tout autant responsable. Le laconisme de sa motivation ne lui permet pas de faire partager le sens de ces décisions. Comment le pourrait-elle quand elle s'exprime dans un moule formel datant d'une époque où le juge était totalement soumis à la loi? La motivation volontairement brève (le plus souvent une phrase unique) exprime un raisonnement purement déductif [...] Qui peut comprendre, à l'heure où il trache les grands débats de société, que le jugement se réduise à un raisonnement purement mathématique?”<sup>1015</sup>

Het bevreemdt wat dat betreft niet dat de conclusies die de verschillende annotatoren en commentatoren naar aanleiding van de *Perruche*-jurisprudentie en de daarop volgende Loi Anti-Perruche trokken, in uiterst verschillende richtingen wijzen. Voor een groot deel is het raden naar de werkelijke onderbouwing en betekenis van het arrest. Als gevolg van de ruimte die de Cour de Cassation op die manier laat voor verschillende interpretaties, heeft de tegenstelling tussen de aanbevelingen van *conseiller* Sargos en A-G Sainte-Rose zich in de rechtswetenschappelijke wereld voortgezet. Doordat de uitspraak maatschappij-breed tot hevige reacties leidde, wordt het debat bovendien gekenmerkt door een uitermate polemische toon.

Maar laten we beginnen met hetgeen onbetwist is: de feiten. Het juridisch proces van de familie *Perruche* kent een lange geschiedenis. De Cour de Cassation had

1013 Cass. ass. plen., 17 november 2000, *JCP* 2000, II, 10438, p. 2293, m. nt. Chabas (*Perruche*; D. 2001, p. 332, m.nt. D. Mazeaud en p. 336, m.nt. P. Jourdain; *Droits* 2002-35, p. 158-161).

1014 J.B.M. Vranken, “Wrongful life in Frankrijk: drie recente uitspraken”, *WPNR* 2001, nr. 6456, p. 755.

1015 D. Salas, “L'arrêt *Perruche*: un scandale qui n'a pas eu lieu”, *Justices* nr. 3 2001, p. 19.

al een aantal jaren eerder, in 1996, een oordeel gevelde over dezelfde zaak. Doordat het Cour d'Appel d'Orléans, waarnaar de Cour de Cassation de zaak terugverwees, zich echter via een zogenaamd *arrêt de rébellion* aan het oordeel van de Cour de Cassation onttrok, kwam de zaak andermaal bij de Franse cassatie-rechter terecht. Het controversiële arrest uit 2000 is daarmee in feite het tweede Perruche-arrest dat de Cour de Cassation wees.

In 1982 raakt de vierjarige dochter van mevrouw Perruche besmet met rodehond juist op het moment dat mevrouw Perruche weer zwanger denkt te zijn. Zij wordt vervolgens op zowel een zwangerschap als rodehond onderzocht. De uitkomst van de onderzoeken is dat mevrouw Perruche inderdaad in verwachting is, maar dat zij niet is besmet met het virus. Als zij wel rodehond had gehad, zou dat vrijwel zeker schadelijke gevolgen voor de ongeboren vrucht hebben: in dergelijke gevallen is er een risico van 90% dat het kind wordt geboren met het syndroom van Gregg. Op 14 januari 1983 komt Nicolas Perruche ter wereld. Zijn lichaam vertoont alle symptomen van het syndroom van Gregg: Nicolas is gedeeltelijk blind, doofstom en geestelijk gehandicapt. In de rechtzaken die de ouders daarop aanspannen tegen de arts en tegen het laboratorium dat het onderzoek uitvoerde, stellen de ouders dat zij de vrucht zouden hebben laten aborteren, als zij juist waren voorgelicht en daardoor hadden geweten van de afwijkingen. Zij vorderen vergoeding voor de schade die zowel zijzelf als Nicolas ten gevolge van de fout lijden.

In de rechtzaak in eerste instantie worden beide vorderingen toegewezen.<sup>1016</sup> In hoger beroep bij de *Cour d'Appel de Paris* daarentegen, worden de ouders wat hun eigen wrongful birth vordering betreft in het gelijk gesteld, maar wordt de wrongful life actie die zij namens Nicolas hadden ingesteld afgewezen.<sup>1017</sup> Voor het Hof te Parijs is het gebrek aan causaliteit tussen de fout van de arts en de afwijkingen van Nicolas de voornaamste reden voor afwijzing.<sup>1018</sup> De zaak komt vervolgens voor de eerste keer voor de Cour de Cassation, die dezelfde dag ook uitspraak in een andere wrongful life zaak<sup>1019</sup> doet. Slechts de vordering van Nicolas staat dan nog op het spel, de toewijzing van vergoeding voor de ouders wordt niet langer betwist. De hoogste Franse rechter komt tot het oordeel dat de fouten van de arts en het laboratorium van dien aard zijn dat “ces fautes étaient génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère”.<sup>1020</sup> Zoals in het veelbesproken arrest uit 2000 ontbreekt een nadere motivering. De uitspraak van

1016 Tribunal de Grande Instance d'Evry, 13 januari 1992.

1017 Cour d'Appel Paris, 17 december 1993.

1018 “Les séquelles dont est atteint N. X ont pour seule cause la rubéole que lui a transmise in utero sa mère [...] cette infection au caractère irréversible est inhérente à la personne de l'enfant et ne résulte pas des fautes commises.” Aangehaald door Sargos in zijn rapport bij *Perruche*, sub 10.

1019 Daarin stond de genetische afwijking van het kind Virginie Reynaud centraal. De arts was tekortgeschoten bij het voorlichten van de ouders over het risico dat een eventueel kind dezelfde aandoening als de vader zou hebben. Voor een weergave van het arrest, zie Bellivier 2000, p. 74-75.

1020 Cass. civ. 26 maart 1996, *D.* 1997, jur. p. 35, m.nt. J. Roche-Dahan (*D.* 1997, somm. p. 322, obs. J. Penneau; *JCP* 1996, I, 3496, obs. P. Murat en 3985, obs. G. Viney; *RTD civ.* 1996, p. 623, obs.

het Hof te Parijs wordt op dat punt gecasseerd, en de zaak wordt verwezen naar het Cour d'Appel d'Orléans. Zoals gezegd komt men in Orléans echter tot een ander oordeel dan de Cour de Cassation. Aan het tegengestelde oordeel ligt de volgende, helder geformuleerde argumentatie ten grondslag:

“Attendu qu’il est constant que les praticiens sont étrangers à la transmission à la mère de la rubéole; qu’ils ne sont intervenus qu’après le début de la grossesse, de sorte que ne pouvait plus être évitée la conception de l’enfant;

Qu’il est tout aussi constant qu’aucune thérapeutique quelconque, pratiquée en début de grossesse, n’aurait pu supprimer, voire limiter, les effets de la rubéole sur le fœtus;

Que, dès lors, Nicolas, qui n’avait aucune chance de venir au monde normal ou avec un handicap moindre, ne pouvait que naître avec les conséquences douloureuses imputables à la rubéole à laquelle la faute des praticiens est étrangère, ou disparaître à la suite d’une interruption volontaire de grossesse dont la décision n’appartient qu’à ses parents et qui ne constitue pas pour lui un droit dont il puisse se prévaloir;

Attendu qu’il s’ensuit que la seule conséquence en lien avec la faute des praticiens est la naissance de l’enfant;

Que, si un être humain est titulaire de droits dès sa conception, il n’en possède pas pour autant celui de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre; qu’ainsi, sa naissance ou la suppression de sa vie ne peuvent pas être considérées comme une chance ou comme une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques;

Que, dès lors, Nicolas Perruche, représenté par son père, ne peut pas invoquer à l’encontre des praticiens, comme source de dommage, le fait d’être né [...] <sup>1021</sup>

De belangrijkste reden om niet toe te wijzen ligt, met andere woorden, ook volgens dit Hof in een gebrek aan oorzakelijk verband. Het gerechtshof in Orléans redeneert dat de arts en het laboratorium de handicaps niet veroorzaakt hebben, aangezien het syndroom van Gregg het natuurlijke gevolg is van besmetting met rodehond. Bovendien had Nicolas onmogelijk gezond ter wereld kunnen komen. De enige twee mogelijkheden die voor hem bestonden waren hetzij gehandicapt ter wereld te komen, hetzij te worden geaborteerd (*disparaître* in de woorden van het Hof). Hoewel Nicolas vanaf zijn geboorte volledige rechtssubjectiviteit toekomt, die als het in zijn belang is terugwerkt tot aan zijn verwekking, kan hem onmogelijk een *droit de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre* toekomen. Geen enkel mens komt dat recht immers toe, zo stelt het Hof. Om die reden vindt Nicolas’ vordering geen basis in het recht.

P. Jourdain en p. 871, obs. J. Hauser). Voor een Engelse vertaling en bespreking van het arrest, zie Van Gerven e.a. 2000, p. 116.

1021 Zie Bellivier 2000, p. 82; Conclusie Sainte-Rose bij *Perruche*.

De ouders kloppen na deze afwijzing opnieuw aan bij de Cour de Cassation. Het is dit arrest dat de wereld over zal gaan als het startschot van de *affaire Perruche*.

#### 5.2.2.2 *Het Perruche-arrest*

Wanneer de zaak in 2000 voor de tweede keer aan de Cour de Cassation wordt voorgelegd, wordt het arrest uit 1996, zoals te verwachten was, herbevestigd, deze keer echter door de *Assemblée plénière*. Voor de belangrijkste overwegingen verwijs ik naar het citaat uit de vorige paragraaf. Het bijbehorende rapport van conseiller Sargos strekt tot toewijzing van Nicolas' vordering, terwijl A-G Sainte-Rose in zijn conclusie juist de verwerping van het beroep betoogt.

Direct na de uitspraak komen de eerste reacties. Op juridisch terrein springt het manifest van Labrusse-Riou en Mathieu, twee hoogleraren (respectievelijk privaatrecht en constitutioneel recht) van de rechtenfaculteit van *Paris I Panthéon-Sorbonne*, het meest in het oog. Het manifest verschijnt reeds vier dagen na het arrest in *Le Monde* en is ondertekend door een grote groep vooraanstaande juristen van universiteiten uit heel Frankrijk. Onder de leuze *La vie humaine peut-elle être un préjudice?* brengen deze rechtswetenschappers hun zorgen over de mogelijke consequenties van het arrest tot uitdrukking.<sup>1022</sup>

Met deze retorische vraag is de toon van het debat gezet. Door het stellen ervan wordt gesuggereerd dat Nicolas zijn eigen leven vergoed heeft gekregen via de uitspraak. Verderop in het manifest wordt dan ook gesteld dat “l'arrêt constitue la vie humaine elle-même comme un préjudice réparable ce qui, a contrario, signifie que l'être humain handicapé aurait dû ne pas naître”.<sup>1023</sup> Dat schept een beeld waarin angsten voor eugenetica, een recht op eigen abortus en rechtzaken van kinderen tegen hun ouders gerechtvaardigd lijken.

Alhoewel het arrest veel aan de juridische verbeelding overlaat, is de suggestie dat Nicolas' leven de voornaamste schadebron vormt, onterecht. Bij nadere beschouwing van de eerder geciteerde uitspraak van de Cour de Cassation is het niet Nicolas' leven dat wordt vergoed, maar slechts de kosten die uit zijn handicap voortvloeien. De Cour de Cassation overwoog immers, zoals reeds geciteerd, dat Nicolas “peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap.” Blijkbaar acht de Franse cassatie-rechter het mogelijk om ten behoeve van de schadevergoeding Nicolas' afwijkingen van Nicolas' persoon te scheiden, ook al zijn die afwijkingen aangeboren.

Hiermee is het duidelijk dat de Hoge Raad in zijn *Baby Kelly*-arrest op dit punt niet in de voetsporen van zijn Franse ambtgenoten is getreden. In de Nederlandse wrongful life zaak werden naast de extra kosten van de handicaps, de volledige kosten voor opvoeding en verzorging aan Kelly vergoed. Zoals we nog

1022 Zie Labrusse-Riou en Mathieu 2000a. Het manifest verscheen ook in uitgebreidere vorm in het gerenommeerde juridische tijdschrift *Recueil Dalloz*, zie Labrusse-Riou en Mathieu 2000b.

1023 Labrusse-Riou en Mathieu 2000b, p. III.

zullen zien is dat verschil van groot belang. Wat heeft de Cour de Cassation dan wel willen beweren, als het niet Nicolas' leven maar slechts zijn aandoening is die wordt vergoed?

Het feit dat slechts de kosten van de handicaps worden vergoed, en niet de volledige bestaanskosten, doet vermoeden dat de hoogste Franse rechter een zelfde argumentatie heeft gehanteerd als een aantal jaar later ook P-G Hartkamp in zijn conclusie bij *Baby Kelly* zal gebruiken. Een blik op het rapport van Sargos, dat van beslissende invloed lijkt te zijn geweest op het eindoordeel, bevestigt dat vermoeden. Volgens hem is er zonder problemen een direct causaal verband vast te stellen tussen de fout van de arts en het laboratorium enerzijds, en de afwijkingen van Nicolas anderzijds. De fout jegens Nicolas moet gezien worden als een afgeleide van de fout jegens zijn moeder. De wijze waarop de arts en het laboratorium zijn tekort geschoten in hun informatievoorziening aan de moeder heeft immers duidelijke gevolgen voor het kind, stelt Sargos.<sup>1024</sup>

Voor de vaststelling van het causaal verband moet een al te biologische interpretatie van causaliteit worden losgelaten ten behoeve van een uitsluitend juridische visie op de gebeurtenissen. Al hoewel Sargos een algemene *mouvement de biologisation du droit*<sup>1025</sup> constateert, blijft voor hem het onderscheid tussen biologie en recht voorop staan: “[...] il ne faut pas oublier ce qui est réellement en question dans ce type d'affaires et, au-delà de la biologie, songer à ce qui relève de notre compétence, c'est-à-dire le droit.”<sup>1026</sup>

Is de handicap vanuit biologisch oogpunt inherent aan Nicolas' bestaan, vanuit juridisch perspectief bestaat er volgens Sargos wel degelijk een oorzakelijk verband tussen de beroepsfouten en de handicaps. Dat Nicolas, als de fout niet was gemaakt, niet alleen geen handicaps zou hebben gehad, maar überhaupt geen leven, doet er volgens hem niet toe in het kader van het vaststellen van juridische causaliteit.

“Il n'y aurait pas non plus eu de vie, mais cette conséquence – qui soulève évidemment de redoutables difficultés éthiques et juridiques que nous aborderons dans la dernière et plus importante partie de cette réflexion – est sans incidence sur l'appréciation du lien de causalité entre la faute commise par le médecin et le laboratoire en manquant à leur obligation contractuelle telle qu'elle vient d'être précisée – à savoir donner à Mme P. les éléments lui permettant, pour empêcher le handicap, de recourir à une IVG – et le dommage apparu, c'est-à-dire le handicap de l'enfant.”<sup>1027</sup>

1024 Sargos in zijn conclusie sub 39: “Dès lors que l'inexécution fautive de l'obligation née de ce contrat a eu des conséquences sur l'enfant, il peut invoquer cette faute, envisagée comme un fait juridique, au soutien de son action en dommages-intérêts.”

1025 In de woorden van Nerson (zie R. Nerson, “L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil”, *RTD. Civ.* 1970, p. 661-683).

1026 Conclusie Sargos, sub 35.

1027 Conclusie Sargos, sub 38.

Dat Nicolas zonder de beroepsfout niet zou hebben bestaan is in deze redenering slechts een ethisch-juridisch probleem dat pas aan bod komt binnen het vraagstuk van de menselijke waardigheid. Op die kwestie gaat Sargos in het laatste deel van zijn rapport in. Blijkbaar kan de handicap volgens Sargos los van Nicolas' bestaan worden gedacht, zolang het de juridische causaliteit betreft. Alhoewel Sargos zich net als P-G Hartkamp daarbij niet expliciet op een juridische fictie beroept, is deze stilzwijgend in zijn betoog aanwezig. In een juridische gedachtengang doet de biologische samenhang tussen Nicolas' handicaps en zijn bestaan er niet toe. In plaats daarvan wordt er in rechte voorondersteld dat hij zonder handicaps geboren had kunnen worden. Slechts wanneer een van origine ethisch begrip als de menselijke waardigheid in het juridisch discours wordt ingebracht, moet de jurist verantwoording afleggen over de kunstmatige scheiding van het kind en zijn handicaps. Sargos localiseert dan ook daar het ware probleem voor zijn redenering, een probleem dat hij volgens hemzelf overigens overtuigend kan weerleggen, waarover meer in 5.2.2.4. In de afsluiting van zijn bespreking van de causaliteitsproblematiek neemt Sargos geen blad voor de mond:

“Il nous semble donc possible de conclure que l'appréciation du droit qu'a un enfant de demander la réparation du préjudice consécutif à un handicap d'origine endogène ne peut se faire sur le terrain simpliste, sinon erroné, du lien de causalité envisagé biologiquement. A cet égard l'arrêt attaqué qui, pour écarter la reconnaissance d'un préjudice d'enfant, insiste dans ses motifs sur le fait que la faute des praticiens est 'étrangère' aux conséquences de la rubéole est donc contestable. C'est en réalité sur le terrain du principe fondamental du respect de la personne humaine que pourrait se trouver, le cas échéant, la justification d'un refus de réparer le préjudice de l'enfant. Là est le véritable coeur de la vérité.”<sup>1028</sup>

Volgens deze redenering is een vergoeding van Nicolas' handicaps, los gedacht van zijn gehele bestaan, gerechtvaardigd. Niet het feit dat hij is geboren, maar dat hij gehandicapt is, komt voor vergoeding in aanmerking. Gezien de vergoeding die Nicolas in cassatieberoep wordt toegewezen, is het zeer waarschijnlijk dat de Cour de Cassation haar oordeel op deze juridische constructie heeft gebaseerd. Ook door andere rechtswetenschappelijke auteurs wordt een dergelijke lezing van het arrest gegeven. Zo benadrukt Fabre-Magnan dat een scheiding tussen het leven van het kind en zijn handicaps is geboden aangezien het kind reeds is geboren:

“Il faut ainsi faire l'effort de dissocier radicalement la vie de l'enfant de son handicap: l'enfant est désormais là, et la question n'est donc plus celle de sa venue au monde, mais seulement de son handicap. C'est sans doute délicat, mais c'est pré-

---

<sup>1028</sup> Conclusie Sargos, sub 40.

cisément la seule façon de ne plus accepter de remettre en cause le fait que l'enfant soit né et qu'il soit là.”<sup>1029</sup>

In dit licht bezien heeft de Cour de Cassation aan Nicolas Perruche geen recht op eigen abortus, of recht om niet geboren te worden willen geven, maar enkel zijn belang erkend om zonder handicaps door het leven te gaan. Op het eerste gezicht kan het misschien lijken dat een *indemnisation sans causalité* en *sans préjudice* tot stand is gebracht, zoals Mazeaud in zijn noot<sup>1030</sup> onder het arrest stelt. In dat geval houdt men echter onterecht vast aan een biologisch causaliteits- en schadebegrip. De juridische fictie die stilzwijgend ten grondslag ligt aan het arrest, maakt dat deze alledaagse logica niet geldig is binnen deze juridische context. Volgens Salas' treffende typering wordt via deze juridische constructie de contractuele autonomie boven de biologische werkelijkheid gesteld:

“Au lieu de l'absorber dans la seule causalité biologique, au terme de laquelle le handicap serait inné, il [de rechter] l'impute à la faute médicale intervenue dans le cadre des relations du médecin et de son patient. Il interpose une fiction juridique pour écarter le fait biologique et ouvrir la possibilité d'une réparation. Autrement dit, en droit, seule la causalité contractuelle compte.”<sup>1031</sup>

Zonder beroepsfout jegens de moeder was er immers ook geen inbreuk op de belangen van het kind geweest. Vanuit dat perspectief bekeken, past het arrest in een bredere tendens waarin afwegingen die gebaseerd zijn op status steeds verder worden verdrongen door een contractualistische benadering, een ontwikkeling die met name zichtbaar is op het terrein van bio-ethiek en biorecht.<sup>1032</sup> Interessant genoeg beschrijft Salas in bovenstaand citaat bovendien de wijze waarop de juridische fictie in het arrest fungeert als een juridisch substituut voor medisch-biologische causaliteit. De fictie maakt aansprakelijkheid mogelijk daar waar oorzaak en gevolg volgens alledaagse logica ontbreken. Rechtshistoricus Thomas zal een jaar later in zijn bijzondere bijdrage aan het met Cayla geschreven boek *Du droit de ne pas naître* deze interpretatie van het arrest verder uitwerken en in rechtshistorisch perspectief plaatsen, waarover later meer.

In vijf daarop volgende zaken heeft de Cour de Cassation haar visie op de wrongful life actie bevestigd en genuanceerd. In de drie zaken van 13 juli 2001 worden de wrongful life vorderingen in kwestie weliswaar afgewezen, maar blijft de gelding van de juridische principes van het *Perruche*-arrest gehandhaafd.<sup>1033</sup> De

1029 M. Fabre-Magnan, “L'affaire Perruche: pour une troisième voie”, *Droits* 2002, nr. 35, p. 124.

1030 Zie zijn noot onder het *Perruche*-arrest in *Recueil Dalloz* 2001-4, p. 332.

1031 Salas 2001, p. 15

1032 Zie hierover M. Strathern, “Enabling identity? Biology, choice, and the new reproductive technologies”, in: S. Hall en P. du Gay (red.), *Questions of cultural identity*, Londen: Sage 1996, p. 37-52.

1033 Cass. ass. plén. 13 juli 2001, *Recueil Dalloz* 2001, Jur. p. 2325, m.nt. P. Jourdain (*JCP* 2001, II, 10601, m.nt. F. Chabas). Zie voor een nederlandstalige beschouwing Vranken 2001.



oorzaak voor het falen van de cassatieberoepen ligt op feitelijk niveau. De Cour de Cassation oordeelt dat uit de feiten niet is gebleken dat is voldaan aan de wettelijke vereisten voor abortus om therapeutische redenen.<sup>1034</sup> Niet hoeft bewezen te worden dat de vrouw in kwestie daadwerkelijk abortus zou hebben gepleegd als zij juist was voorgelicht, maar voor een doorkruising van haar rechten is wel vereist dat abortus überhaupt een optie zou zijn geweest, gegeven het bestaande juridische kader van zwangerschapsafbreking. Nieuw aan de uitspraak in deze drie zaken is daarnaast dat de Franse cassatie-rechter nu spreekt van een *direct* causaal verband tussen de fout van de arts en de handicaps van het kind, zoals Sargos in zijn rapport bij *Perruche* reeds had geopperd.

In de twee zaken<sup>1035</sup> van 28 november later dat jaar worden de wrongful life acties in kwestie wel toegewezen. De Cour de Cassation verheldert haar *Perruche*-uitspraak door te expliciteren dat “le préjudice de l'enfant n'est pas constitué par une perte de chance mais par son handicap”.<sup>1036</sup> Als er al discussie bestond over de daadwerkelijke grondslag van de schadevergoeding in *Perruche*, wordt nu onweerlegbaar duidelijk dat de Cour de Cassation Nicolas' schadevergoeding niet heeft gebaseerd op het ‘mislopen’ van een abortus, maar dat zij puur voortvloeit uit zijn handicaps.

Met zijn uitspraken begeeft de hoogste Franse rechter zich evenwel op glad ijs, zo is onder meer gebleken uit de enorme hoeveelheid juridische commentaren die naar aanleiding van de jurisprudentie verscheen. Zoals Kayser stelt over het *Perruche*-oordeel: “Aucune décision de justice en France depuis le Code Civil n'a suscité autant de commentaires que celle de l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation du 17 nov. 2000.”<sup>1037</sup> Belangrijker nog is dat de Franse Hoge Raad met zijn *Perruche*-jurisprudentie afwijkt van het oordeel van de hoogste Franse administratieve rechter, de Conseil d'Etat, onder wiens rechtsbevoegdheid dergelijke zaken thuis horen wanneer de medische fout is begaan binnen de muren van een publiek ziekenhuis. In de reeds aangehaalde *Quarez*-uitspraak uit 1997 (zie 5.1.4) gaf de Conseil d'Etat niet alleen zijn oordeel over de wrongful birth vordering van de ouders, maar ook over de vordering van het kind zelf. De zaak betrof het geval van Mathieu Quarez, een jongen geboren met het syndroom van Down. Zijn 42-jarige moeder had, gelet op haar leeftijd, om prenataal onderzoek verzocht,

1034 In de woorden van de Cour de Cassation: “que, dans le cas d'une interruption pour motif thérapeutique, il doit être établi que les conditions médicales prescrites par l'article L. 2213-1 du Code de la santé publique étaient réunies ; qu'ayant constaté qu'il n'en avait pas été ainsi, la cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision.”

1035 Cass. ass. plén. 28 november 2001, *Recueil Dalloz* 2001, IR p. 3587-3588. Zie over deze twee arresten: A. Sériaux, “*Perruche* et autres. La Cour de Cassation entre mystère et mystification”, *Recueil Dalloz* 2002, p. 1996-2000.

1036 Arrêt no. 486.

1037 Zie P. Kayser, “Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation sans fondement juridique?”, *Recueil Dalloz* 2001, chron., p. 1889.

tijdens welke het syndroom als gevolg van een fout echter niet werd ontdekt. De Conseil d'Etat overwoog in zijn oordeel dat:

“Considérant qu'en décidant qu'il existait un lien de causalité directe entre la faute commise par le centre hospitalier régional de Nice à l'occasion de l'amniocentèse et le préjudice résultant pour le jeune Mathieu de la trisomie dont il est atteint, alors qu'il n'est pas établi par les pièces du dossier soumis aux juges du fond que l'infirmité dont souffre l'enfant et qui est inhérente à son patrimoine génétique, aurait été consécutive à cette amniocentèse, la cour administrative d'appel de Lyon a entaché sa décision d'une erreur de droit.”

In een persbericht een aantal dagen later voegde de Conseil d'Etat daaraan toe dat “le fait d'être en vie ne saurait être regardé comme un préjudice subi par l'enfant”.<sup>1038</sup>

De Cour de Cassation legde met zijn oordeel niet alleen deze jurisprudentie van de Conseil d'Etat naast zich neer, maar ook de conclusie die *avocat général* Sainte-Rose bij de zaak had geschreven. Daarin hield hij een vurig pleidooi tegen toewijzing van Nicolas' vordering. Nadat het arrest was gewezen, hebben ook het nationale ethische adviesorgaan (het CCNE, waarover meer in de volgende paragraaf), een grote groep rechtsgeleerden, en uiteindelijk ook de wetgever, zich bij de A-G en de Conseil d'État gevoegd, en ernstige kritiek geuit op de erkenning van wrongful life acties.

De meesten van deze critici van het arrest erkennen dat in het arrest formeel gezien slechts de handicaps als schadepost worden gezien. Het punt waarover de meeste discussie bestaat is of de Cour de Cassation door vergoeding voor de handicaps toe te kennen, indirect het bestaan van Nicolas als onlevenswaardig of minderwaardig bestempelt. Deze auteurs beschouwen de poging van de Cour de Cassation tot scheiding van het kind en zijn handicaps als futiel: het kind had niet anders dan gehandicapt geboren kunnen worden, dus impliceert het oordeel onvermijdelijk dat het kind beter had kunnen worden geaborteerd. In de volgende twee paragrafen wordt stil gestaan bij de argumenten die in het Franse debat tegen de toewijzing van de wrongful life claim worden gebruikt. Welke verschillende bezwaren tegen erkenning van wrongful life kunnen in het Franse debat van elkaar worden onderscheiden? In de volgende paragraaf komen de verschillende argumenten aan bod, te beginnen met de vermeende eugenetische tendens van de *Perruche*-jurisprudentie. In 5.2.2.4 zal ik afzonderlijk op het argument van de menselijke waardigheid ingaan.

<sup>1038</sup> Persbericht van 20 februari. Aangehaald in de conclusie van Sainte-Rose bij het *Perruche*-arrest. Zie *JCP* 2000, Jur., II, 10438, p. 2305.

### 5.2.2.3 *De juridische controverse rond de Perruche-jurisprudentie*

Kon Hartkamp in zijn conclusie bij het *Baby Kelly*-arrest constateren dat een tamelijk grote meerderheid van de Nederlandse juristen geen fundamentele bezwaren ziet tegen toewijzing van wrongful life claims,<sup>1039</sup> ten aanzien van het Franse debat constateert hij het tegengestelde.<sup>1040</sup> Daarbij is opvallend dat de argumenten in de Franse discussie vaak polemischer, uitgesprokener, en soms ook emotioneler worden verwoord.

Zo is in Nederland *eugenetica* een woord waarvan men met name in juridische context niet snel gebruik zal maken. Nieuwenhuis stelt dat de kwaliteit van debatten zoals die over wrongful birth en life, of over sterilisatie van geestelijke gehandicapten, op geen enkele wijze wordt “verhoogd door te schermten met de term *eugenetische praktijken*”.<sup>1041</sup> Zijn mening lijkt te worden onderschreven door de meeste Nederlandse juristen die de zaak *Baby Kelly* becommentarieerden: op het argument van eugenetica wordt nauwelijks ingegaan. Ook in de conclusie van Hartkamp wordt met geen woord gerept van de mogelijke eugenetische aspecten aan de zaak.

De conclusie die Sainte-Rose bij *Perruche* schreef staat op dat punt in scherp contrast. Onnederlands gepassioneerd geschreven, gaat de conclusie uitgebreid in op het gevaar van *la tentation de l'eugénisme*.<sup>1042</sup> Volgens Sainte-Rose bestaat er slechts een causaal verband tussen de medische fout en het achterwege laten van de abortus, zodat de enige schade die het kind mogelijkerwijze kan claimen het feit van zijn eigen geboorte is:

“Affirmer, comme on l'a fait, que les fautes sont causales dès lors que, sans elles, le dommage pouvait être évité signifie [...] qu'il eût mieux valu que l'enfant ne vînt pas au monde. Comment éviter le dommage si ce n'est en supprimant le malade?”<sup>1043</sup>

In deze laatste zin komt duidelijk tot uiting hoe, in de ogen van de A-G, Nicolas' schade onmogelijk kan worden gescheiden van Nicolas' persoon. Volgens Sainte-Rose veronderstelt een wrongful life vordering dat de schade slechts had kunnen worden voorkomen door Nicolas te aborteren. Een dergelijke redenering komt zijns inziens neer op de stelling dat de ziekte had kunnen worden voorkomen door de zieke überhaupt niet geboren te laten worden. Berust een dergelijk uitgangspunt niet op een erg bittere interpretatie van het therapeutisch ideaal van de arts?, lijkt Sainte-Rose ons te vragen. Bovendien berust de uitspraak op een

1039 Conclusie, sub 19.

1040 Conclusie, sub 31. Ook Sainte-Rose komt in zijn conclusie bij *Perruche* tot een dergelijke inschatting met betrekking tot het aantal tegenstanders, in het debat rondom de *Perruche*-uitspraak uit 1996 (*JCP* 2000, Jur., II, 10438, p. 2304). Jestaz komt tot een opsomming van de voorstanders, zie P. Jestaz, “Une question d'épistémologie. A propos de l'affaire *Perruche*”, *RTD Civil* 2001-3, p. 547.

1041 J.H. Nieuwenhuis, “Schwere Wörter”, *RM Themis* 2004-3, p. 110.

1042 Zie zijn conclusie (*JCP* 2000, Jur., II, 10438, p. 2308).

1043 Conclusie (*JCP* 2000, Jur., II, 10438, p. 2305).

opzienbarend schadebegrip: “[...] le dommage c’est la vie et l’absence de dommage c’est la mort. La mort devient ainsi une valeur préférable à la vie. N’y a-t-il pas là une perversion du concept de dommage?”<sup>1044</sup>

Een dergelijk waarde-oordeel over het leven van Nicolas mondt via toekenning van de wrongful life claim uit in een *droit de ne pas naître*, stelt Sainte-Rose, hetgeen voor hem onaanvaardbaar is. Aangezien het kind niet zonder handicaps geboren had kunnen worden, impliceert de schadevergoeding van de handicaps door de Cour de Cassation volgens hem eveneens dat het kind er een juridisch erkend belang bij had om niet geboren te worden: ziedaar het recht om niet geboren te worden. Het alternatief, namelijk de handicap te scheiden van Nicolas’ bestaan, en die tot schadepost te maken, gaat de A-G ook te ver. “Le fait de la nature n’est pas le fait de l’homme”, zo vat Sainte-Rose zijn bezwaar daartegen bondig samen. Hetgeen Sainte-Rose zal doen concluderen dat de wrongful life claim iedere rechtsgrond ontbeert.

Naast deze meer technisch-juridische problematiek rondom de causaliteit, ziet Sainte-Rose een gevaar in de opkomst van wat hij noemt een “eugénisme privé”<sup>1045</sup>, een term die doet denken aan de term *liberale eugenetica*. Volgens hem ligt aan de toewijzing van de wrongful life claim de veronderstelling ten grondslag dat sommige levens het niet waard zijn geleefd te worden, en dat het voor die mensen beter zou zijn geaborteerd te worden dan met zware handicaps door het leven te moeten gaan. De wrongful life claim versterkt dan niet alleen een tendens richting een *eugénisme de précaution*, maar komt zijns inziens dan ook in strijd met de menselijke waardigheid, zoals in de volgende paragraaf nader zal worden beschreven.

De argumenten die Sainte-Rose in zijn conclusie aanvoert tegen de erkenning van de wrongful life claim zien we voor een groot deel terug in de kritiek vanuit de juridische wereld op het uiteindelijke *Perruche*-arrest. In het manifest van Labrusse-Riou en Mathieu wordt bijvoorbeeld het volgende gesteld:

“La responsabilité sanctionne le fait de l’homme, non le fait de la nature lorsqu’il échappe à son pouvoir. Sinon, le mot ‘responsabilité’ n’a plus aucun sens. [...] Tous les malheurs ne sont pas juridiquement réparables selon le droit civil car, entre le fait et le droit, s’inscrit la distance du jugement de légalité et de légitimité dont les critères sont aujourd’hui à rechercher dans les droits fondamentaux.”<sup>1046</sup>

Op deze manier geformuleerd, lijkt hun aanklacht mede gericht te zijn op de juridificatie van het leven in zijn meest biologische vorm. Tussen feit en norm moet een afstand worden bewaard. Met andere woorden, het recht dient zich niet uit te laten over hoe mensen lichamelijk behoren te *zijn*, slechts hoe zij zich

1044 Conclusie (JCP 2000, Jur., II, 10438, p. 2307).

1045 Conclusie (JCP 2000, Jur., II, 10438, p. 2307).

1046 Labrusse-Riou en Mathieu 2000b, p. III.

dienen te *gedragen*. De afstand die het recht betracht naar het domein van het zijn wordt ingenomen door de mensenrechten, zo stellen de ondertekenaars van het manifest. Als de jurist die afstand tracht te elimineren, komt het gevaar van een eugenetische rechtsorde dichtbij.

Ook juristen als Mazeaud,<sup>1047</sup> Sériaux,<sup>1048</sup> en Aynès,<sup>1049</sup> die het manifest niet hebben ondertekend, erkennen weliswaar dat de Cour de Cassation slechts de handicaps als schadefactor opvat, maar kunnen zich er niet van losmaken dat in de tastbare werkelijkheid die handicaps onverbreekbaar zijn verbonden met het bestaan van een concrete persoon. Volgens hen berust de uitspraak uiteindelijk wel degelijk op een recht om niet geboren te worden.

Vanwege de ontstane publieke commotie is ook het Comité Consultatif Nationale d'Éthique (CCNE) geraadpleegd voor een ethisch perspectief op de problematiek. In het resulterende rapport wordt in de concluderende opmerkingen eveneens gewaarschuwd voor de eugenetische strekking van een dergelijk recht:

“La reconnaissance d'un droit de l'enfant à ne pas naître dans certaines conditions apparaîtrait hautement discutable sur le plan du droit, inutile pour assurer l'avenir matériel des personnes souffrant de handicaps congénitaux et redoutable sur le plan éthique. En effet, un tel droit risquerait de faire peser sur les parents, les professionnels du diagnostic prénatal et les obstétriciens, une pression normative d'essence eugénique.”<sup>1050</sup>

De hevige kritiek vanuit verschillende segmenten van de samenleving heeft zijn weerslag op politiek en wetgeving gehad. In de Loi Anti-Perruche uit 2002 wordt in artikel 1 gesteld dat het enkele feit van de eigen geboorte voor niemand een grond kan vormen voor schadevergoeding (“nul ne peut se prévaloir du seul fait de sa naissance”<sup>1051</sup>). Daarmee lijkt ook de wetgever te veronderstellen dat er daadwerkelijk een recht om niet geboren te worden aan de *Perruche*-jurisprudentie ten grondslag lag.<sup>1052</sup> De gedachte achter deze wet is om compensatie voor de handicaps van kinderen als Nicolas Perruche te onttrekken aan juridische procedures, zodat zij zich niet hoeven te beroepen op een zogenaamd *droit de ne pas naître* om enige financiële bijstand te verkrijgen. Compensatie dient plaats te vinden op basis van solidariteit, en niet op basis van het aansprakelijkheidsrecht.

1047 In zijn noot onder het arrest, *D.* 2001, p. 332.

1048 Zie Sériaux 2002.

1049 Zie L. Aynès, “Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de Cassation”, *D.* 2001, nr. 6, p. 492-496.

1050 Zie CCNE 2001, concluderende opmerking nr. 3.

1051 Art. 1-1 van *La loi no. 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, die dus veelal de *loi anti-Perruche* wordt genoemd.

1052 Zie voor een dergelijke observatie: Fabre-Magnan 2002, p. 120.

Opvallend genoeg wordt in de parlementaire stukken bij de wet compleet voorbijgegaan aan het feit dat de Cour de Cassation alleen schadevergoeding voor de handicaps heeft toegewezen, en niet, zoals de Nederlandse hoogste rechter deed, voor alle bestaanskosten:

“On voit bien le caractère insupportable d’une telle évolution de notre droit. En effet, à partir du moment où *le préjudice indemnisé est une vie qui, selon les requérants, ne mérite pas d’être vécue*, il est alors nécessaire de se demander ce qu’est une vie qui mérite de l’être: définition qui ne peut être donnée sans tomber dans des considérations de type eugénique” [cursivering BvB]<sup>1053</sup>

De misvatting dat het *leven* tot schadepost zou zijn gemaakt in het arrest is veelzeggend. Het vermeende *droit de ne pas naître* lijkt voor een belangrijk deel te worden afgeleid uit deze ongefundeerde suggestie. Reden voor privatist Jourdain om te oordelen dat de Loi Anti-Perruche vooral een demagogisch doel dient.<sup>1054</sup> Bovendien zou de Cour de Cassation, gelet op de formulering van artikel 1 van de Loi Anti-Perruche (“nul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de sa naissance”), zijn jurisprudentie strikt genomen niet eens hoeven aan te passen, aangezien zij de schade nooit heeft gezocht in het bestaan of de geboorte van het gehandicapte kind, maar alleen in de afwijkingen.<sup>1055</sup>

Een nog belangrijkere oorzaak voor het feit dat veel auteurs en, zoals nu is gebleken, ook de wetgever een *droit de ne pas naître* in het arrest lezen, is gelegen in het feit dat zij niet onder ogen zien dat de Cour de Cassation een uitsluitend juridische logica op de feiten heeft willen toepassen. Hun kritiek is gelieerd aan een weigering om het recht als een construct met een mogelijk tegennatuurlijke strekking te zien. Daardoor zijn de pijlen van de critici nu veelal gericht op een interpretatie van het arrest die niet overeen komt met de werkelijke toedracht van het oordeel. In de woorden van Cayla hebben de *anti-perruchistes* op die manier een fictieve *anti-cas Perruche* in het leven geroepen:

“En effet, pour stigmatiser le danger d’eugénisme qu’impliquerait sa plainte, on interprète celle-ci comme étant une prétention à détenir le droit de ne pas naître et donc, corrélativement, à faire peser sur la mère l’obligation d’avorter. Or, dans son

1053 Zie Assemblée Nationale, *Proposition de loi no. 3431*, 3 december 2001.

1054 Zie P. Jourdain, “Loi anti-Perruche: une loi démagogique”, *D.* 2002, nr. 11, p. 893.

1055 Zoals Jourdain stelt: “Si nul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de sa naissance, l’enfant conserve la possibilité de demander réparation du préjudice résultant de son handicap; or c’est ce préjudice-là que la Haute juridiction a entendu indemniser. Mais, combiné avec le deuxième alinéa, qui autorise l’indemnisation en cas de handicap provoqué, aggravé ou non atténué par la faute d’un médecin, il n’est guère douteux qu’en réalité, malgré la rédaction défectueuse de la loi, c’est à l’indemnisation du handicap non décélé qu’elle s’oppose. Et il serait certainement contraire à son esprit de pérenniser la jurisprudence *Perruche*” (Jourdain 2002 p. 892). Zo ook Sériaux (Sériaux 2002, p. 579).

principe, une telle hypothèse contredit frontalement la configuration factuelle de l'espèce *Perruche*.”<sup>1056</sup>

In de vorige paragraaf is duidelijk geworden dat de inzet van het *Perruche*-arrest nooit een schadeloosstelling voor het leven van Nicolas is geweest, maar dat de Cour de Cassation, net als in Nederland P-G Hartkamp, de schadevergoeding principieel los heeft willen denken van de persoon van het gehandicapte kind in kwestie. Daarmee wordt geen uitspraak gedaan over de waarde van gehandicapt leven, of dat het kind beter af was geweest als het was geaborteerd, maar wordt er slechts een negatief waarde-oordeel geveld over de afwijkingen. Die afwijkingen vormen de schadepost, waarvoor de arts en het laboratorium aansprakelijk kunnen worden gesteld. De redenering dat de medische fout de handicaps heeft veroorzaakt is controversieel en gaat tegen de biologische feiten in, maar veronderstelt geen eugenetische redenering: Nicolas heeft geen recht om niet geboren te worden, maar heeft er belang bij zonder handicaps door het leven te gaan. Aan het kind wordt evenwel geen zelfstandig recht toegekend. Zijn rechtsbelangen vormen een afgeleide van het recht op abortus van zijn moeder. Haar vrijheid om al dan niet over te gaan tot abortus wordt dan ook niet door de wrongful life claim ingeperkt.

Juister is het te stellen dat de geconstateerde eugenetische tendens in wrongful life zaken niet voortkomt uit het oordeel van de Cour de Cassation, maar eigen is aan de abortusvrijheid, met name in combinatie met de toenemende mogelijkheden van prenatale diagnostiek. Dat via prenatale diagnostiek ook een prenatale *selectie* van toekomstige kinderen plaats vindt, en het kind dus pas ter wereld komt als zijn ouders goedkeuring aan zijn lichamelijke gesteldheid hebben gegeven, is inderdaad een ontwikkeling die associaties met eugenetica oproept. Dat reële gevaar kan niet worden ontkend door te stellen dat eugenetica per definitie een praktijk is die van *overheidswege* of op een *collectief* niveau plaats vindt, zoals een aantal auteurs stellen om de vrees voor eugenetica naar aanleiding van de *Perruche*-jurisprudentie te ontcrachten.<sup>1057</sup> De tegenwoordige angst voor eugenetische ontwikkelingen heeft immers weinig van doen met de nazi-praktijken uit de Tweede Wereldoorlog, maar richt zich veeleer, zoals reeds benadrukt in hoofdstuk 1, op een liberale, *individuele* eugenetica. Desondanks wordt het risico van een dergelijke individuele eugenetica niet dichterbij gebracht door erkenning van de wrongful life actie, maar vloeit een mogelijk eugenetische tendens voort uit de ruimte die de abortusvrijheid voor selectie van embryo's laat.<sup>1058</sup> Die abortusvrijheid is het resultaat van de reeds sinds een aantal decennia bestaande

<sup>1056</sup> Zie Cayla 2002, p. 43-44.

<sup>1057</sup> Zie de noten bij het *Perruche*-arrest van Mazeaud, p. 336; en Jourdain, p. 338.

<sup>1058</sup> Zie Fabre-Magnan 2002, p. 120; en Jourdain in zijn noot onder het *Perruche*-arrest (D. 2001, p. 338).

abortuswetgeving: in Nederland de WAZ en in Frankrijk de *Loi-Veil*. Met andere woorden, de hedendaagse, liberale eugenetica wordt niet door de wrongful life jurisprudentie gevoed, maar vloeit reeds voort uit de wettelijke mogelijkheden tot abortus. Als er bovendien al sprake is van een eugenetische koers die door toekenning van wrongful life zou worden uitgezet, dan is niet duidelijk waarom dat niet ook voor de wrongful birth claim opgaat.<sup>1059</sup> Daarmee is echter niet gezegd dat het onthouden van schadevergoeding in het geval van wrongful life in strijd zou zijn met de abortusvrijheid. Het punt is slechts dat het argument van eugenetica in wezen reeds toepasselijk is op de abortuspraktijk die ten grondslag ligt aan situaties waarin de wrongful life vordering zich voordoet.

Ook de angst dat gehandicapte kinderen in de toekomst wrongful life vorderingen zullen instellen tegen hun eigen ouders is daarmee ongegrond. Voor een dergelijke vordering zou een zelfstandig recht van het kind om niet geboren te worden vereist zijn, een recht dat ook de abortusvrijheid van de moeder zou kunnen inperken. We hebben echter gezien dat dat recht in de oplossing van de Cour de Cassation onvindbaar is. In haar jaarrapport bevestigt de Franse cassatierechter dat zelf:

“On soulignera [...] que cette décision, qui se situe dans le prolongement direct de la loi [Veil], ne saurait en aucun cas s'interpréter comme pouvant ouvrir à un enfant handicapé un recours contre sa mère fondée sur son refus de recourir à une interruption de grossesse; nul, en effet, n'est en droit de lui imposer un tel choix, ce à quoi reviendrait l'admission de sa responsabilité.”<sup>1060</sup>

Het gevaar van een *defensieve geneeskunde* neemt evenmin toe als gevolg van de *Perruche*-uitspraak. In het oordeel is immers niet gebleken van een plicht tot abortus door de arts wanneer het kind niet helemaal gezond blijkt te zijn. De medisch verantwoordelijke is pas aansprakelijk in wrongful life gevallen wanneer hij een fout begaat tijdens de voorlichting over de (mogelijke) aandoeningen.

Een ander argument dat in de Franse discussie wordt genoemd is de onmogelijkheid van het vergelijken van een gehandicapt leven met niet-leven bij het bepalen van de omvang van de schade. Zoals we hebben gezien naar aanleiding van de Nederlandse discussie over de *Baby Kelly*-zaak, is een dergelijke vergelijking geen probleem wanneer de schade niet wordt gezocht in de geboorte van het kind, maar slechts in zijn handicaps. De toets wordt dan de vergelijking van een gewoon leven met een gehandicapt leven.

1059 Zie op dat punt M. Fabre-Magnan, “Avortement et responsabilité médicale”, *RTD Civil* 2001-2, p. 317.

1060 Zie “Préjudice de l'enfant né handicapé”, in: Cour de Cassation, *Rapport Annuel 2000*, troisième partie, V, A, 1, g.



Met conseiller Sargos moet daarom worden geconstateerd dat de crux van de kwestie de menselijke waardigheid is. De menselijke waardigheid vormt het punt waarop de verschillende argumentatielijnen bij elkaar komen. Zowel de “perruchistes” als de “anti-perruchistes” doen een beroep op dit constitutionele beginsel ter rechtvaardiging van hun standpunt. Bovendien kan dit aspect van het Franse debat de benadering van de Hoge Raad in *Baby Kelly* in een nieuw daglicht plaatsen, zoals nog zal blijken.

#### 5.2.2.4 Een menswaardig bestaan?

Het Franse debat over wrongful life biedt interessante aanknopingspunten voor verdere gedachtevorming over de juridische interpretatie van de menselijke waardigheid. In vergelijking met hun Franse collega's hebben de Nederlandse rechtswetenschappers relatief weinig beschouwingen gewijd aan de betekenis die menselijke waardigheid toekomt in de argumenten die voor en tegen toekenning van Kelly's vordering zijn aangedragen. In de Franse juridische wereld kan de menselijke waardigheid daarentegen de spil van het debat naar aanleiding van de *affaire Perruche* worden genoemd. In de op *Perruche* gevolgde discussies komen de twee verschillende interpretaties van de menselijke waardigheid frontaal tot een botsing. Het manifest van juristen Labrusse-Riou en Mathieu, en de eveneens in *Le Monde* gepubliceerde reactie daarop van juristen De Béchillon, Cayla en Thomas,<sup>1061</sup> vormen een goede illustratie van de rechtstheoretische posities die in de debatten ten aanzien van de menselijke waardigheid worden ingenomen.

In de vorige paragraaf heb ik verschillende argumenten besproken die tegen erkenning van de wrongful life vordering zijn ingebracht, waaronder de stelling dat de Cour de Cassation zich in de *Perruche*-uitspraak schuldig zou hebben gemaakt aan eugenetische afwegingen. In die paragraaf werd duidelijk dat voor zover er een eugenetische tendens te bespeuren is in het arrest, die tendens reeds ligt besloten in de bestaande abortusvrijheid. Als er wel sprake was geweest van een eugenetische ondertoon in het arrest, dan zou de uitspraak evenwel in strijd zijn geweest met de menselijke waardigheid, die tot de grondslagen van het rechtsorde behoort. Daarmee is niet gezegd dat de menselijke waardigheid als argument in de discussie nu volledig heeft afgedaan. In deze paragraaf zal ik daarom nader ingaan op de toepassing van het beginsel van menselijke waardigheid in de context van wrongful life, los van de aantijging dat het arrest een eugenetische teneur zou hebben.

Voor degenen die het manifest van Labrusse-Riou en Mathieu hebben ondertekend, betekent de toewijzing van de wrongful life vordering een ontkenning van de absolute waarde en waardigheid van Nicolas' leven:

<sup>1061</sup> D. de Béchillon, O. Cayla en Y. Thomas, “L'arrêt Perruche, le droit et la part de l'arbitraire”, *Le Monde*, 21 december 2000.

“Le système des droits fondamentaux est en l'espèce remis en cause et cela concerne l'ensemble des citoyens. En effet, l'arrêt conduit à reconnaître que la vie, dans certaines circonstances, peut être un préjudice tant pour celui qui lui doit son existence que pour les tiers et la société en général. L'être humain tend à être conçu comme le produit, réussi ou raté, du pouvoir médical. Cette conception est en contradiction flagrante avec le principe de dignité humaine, principe non seulement philosophique et moral, mais aussi juridique. Or, ce principe exige la reconnaissance de l'égale appartenance à l'humanité de tout homme. Ainsi que l'exprime clairement la Constitution, un lien essentiel unit le principe de dignité et l'absence de discrimination entre les êtres humains, ce que postule l'égale valeur de toute existence humaine. Non seulement l'idée de 'vie préjudiciable' est inacceptable en raison de l'atteinte aux principes dur lesquels repose l'ordre juridique et social, mais encore en raison des dévoiements susceptibles d'en résulter.”<sup>1062</sup>

In hun visie wordt Nicolas' leven gemeten naar een bepaalde biomedische maatstaf, volgens welke de mens als een geslaagd of mislukt product kan worden gezien. In de ogen van de ondertekenaars van het manifest wordt daarmee een inbreuk gemaakt op de menselijke waardigheid als filosofisch, ethisch en ook juridisch beginsel. Uit dat principe volgt dat een menselijk leven niet mag worden afgemeten aan een externe standaard, aangezien een ieders bestaan een absolute, intrinsieke en onmeetbare waarde kent, namelijk de menselijke waardigheid.

De redenering van deze groep juristen berust op het kantiaanse onderscheid tussen waardigheid en prijs. Via zijn *absolute* waardigheid onderscheidt de mens zich van de dingen, die slechts een bepaalde *relatieve* waarde toekomt, afhankelijk van hun nut of gebruiksmogelijkheden voor de mens. Anders dan bij de waardigheid van ieder mensenleven, uit de waarde van de dingen zich in een marktwaarde. In de woorden van Kant: “In het rijk van de doelen heeft alles ofwel een prijs ofwel een waardigheid. Voor datgene wat een prijs heeft, kan ook iets anders in de plaats gesteld worden als equivalent. Wat daarentegen boven elke prijs verheven is en derhalve geen equivalent toelaat, heeft een waardigheid.”<sup>1063</sup>

Door erkenning van de wrongful life actie wordt geïmpliceerd dat sommige levens het niet waard zijn geleefd te worden, zo stellen de ondertekenaars van het manifest, hetgeen in strijd is met de gelijke waardigheid van ieder mensenleven. Volgens de critici is de achterliggende gedachte van het *Perruche*-arrest dat 'minderwaardige' levens voor financiële vergoeding in aanmerking komen. Op die manier komt er een prijskaartje aan het leven van deze kinderen te hangen, hetgeen strijdig is met de absolute en unieke waarde die ook hun leven heeft. Bovendien wordt zo een tweedeling gemaakt tussen levenswaardige en niet-

1062 Labrusse-Riou en Mathieu 2000b, p. III-IV.

1063 I. Kant, *Fundering voor de metafysica van de zeden*, Amsterdam: Boom 1997 (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* 1785, vertaald door Th. Mertens), p. 92.

levenswaardige levens, hetgeen een ontkenning vormt van de gelijke wijze waarop een ieder deel heeft aan de mensheid en menswaardigheid.

De vraag is inderdaad of een mensenleven een dergelijke absolute waarde toekomt. Kent het leven onder alle omstandigheden een intrinsieke en heilige waarde, ook als dat leven zich kenmerkt door geestelijk of fysiek lijden? De legalisering van euthanasie wordt wel beschouwd als een erkenning van het feit dat het leven niet onder alle omstandigheden te prefereren is boven de dood. Op persoonlijk vlak kan men uiteraard deze mening zijn toegedaan, maar men kan zich afvragen of deze relativisering van de waarde van menselijk leven ook als uitgangspunt van het aansprakelijkheidsrecht kan functioneren. Bij toewijzing van wrongful life vorderingen zal men om meerdere redenen vrijwel onvermijdelijk toch het leven van het kind in kwestie aan een bepaalde objectieve maatstaf meten, zodat de menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie in het geding komt. Hierbij is reeds in 5.2.1.3 uitvoerig stilgestaan.

Het effect van deze redenering is evenwel dat er ook een grens wordt gesteld aan de mogelijke aanspraken en rechten van kinderen als Nicolas Perruche en Kelly Molenaar. Daarmee wordt wederom geïllustreerd hoe de menselijke waardigheid in deze interpretatie functioneert als een begrip dat zich in uiterste gevallen in de relatie *de soi à soi* kan plaatsen zoals ook in hoofdstuk 3 naar aanleiding van de dwergwerp-kwestie aan de orde kwam. Deze interpretatie staat immers in de weg aan erkenning van het recht om niet geboren te worden. Volgens Cayla worden op die manier de belangen van het gehandicapte kind ondergeschikt gemaakt aan de menselijke waardigheid, die het kind in naam van alle gehandicapten wordt tegengeworpen: “La plainte d’un enfant, affligé des handicaps les plus lourds qui puissent se concevoir, *se retourne contre lui* et prend le sens d’une marque de mépris consommé pour ... les handicapés!”<sup>1064</sup>

Zowel de beschermende als beperkende werking van *human dignity as constraint* blijkt ook uit Sainte-Roses conclusie bij het arrest, waarin hij het volgende beroep op de menselijke waardigheid doet:

“La tâche [van de rechter, BvB] est ici d’importance car elle se rapporte à l’affirmation des nécessaires limites aux extraordinaires pouvoirs que, grâce à l’essor de la biologie et des techniques médicales de prévention ou de prédiction, nous sommes en voie d’acquérir sur nous-mêmes. La décision que vous allez rendre aura valeur de principe et ne sera pas sans incidence sur l’évolution des interruptions thérapeutiques de grossesse et leur tendances eugéniques ainsi que sur la notion de dignité de la personne humaine et, plus généralement, sur la conception de l’homme que le droit renvoie à la société.”<sup>1065</sup>

<sup>1064</sup> Cayla 2002, p. 55.

<sup>1065</sup> Conclusie (JCP 2000, Jur., II, 10438, p. 2309).

In deze overweging brengt Sainte-Rose de *Perruche*-zaak in verband met de regulering van de biomedische ontwikkelingen. Wat volgens hem op het spel staat, is niet alleen het lot van Nicolas Perruche, maar uiteindelijk, op dieper gelegen niveau, niet minder dan het mensbeeld van de rechtsorde. Erkenning van de wrongful life actie zou in de ogen van Sainte-Rose een uitholling en aantasting van de menselijke waardigheid betekenen, die nu juist het voornaamste beginsel vormt bij de normering van de biomedische technieken. Daarmee tracht hij de Cour de Cassation te doordringen van de mogelijk vergaande repercussies van het arrest in kwestie. De betekenis van menselijke leven en menselijke waardigheid is geen subjectieve aangelegenheid, maar dient door de rechter te worden beschermd en uitgelegd als een van de grondslagen van de rechtsorde.

Hoewel de Cour de Cassation de conclusie van de Sainte-Rose niet opvolgt, kan worden gesteld dat het rechtscollege Sainte-Roses advies met betrekking tot de menselijke waardigheid in zekere zin toch ter harte heeft genomen: het uiteindelijke arrest is niet in strijd met de kantiaanse uitleg van de menselijke waardigheid. Problematisch aan de kritiek van onder meer Labrusse-Riou en Mathieu is dat de Cour de Cassation in zijn arrest helemaal niet is uitgegaan van een recht of belang om niet geboren te worden. Daardoor treft hun commentaar uiteindelijk geen doel. Alleen Nicolas' handicaps komen volgens de Franse cassatierechter voor schadevergoeding in aanmerking, niet de kosten van zijn levensonderhoud. Door deze kunstmatige scheiding aan te brengen tussen Nicolas' bestaan en zijn handicaps, weet de Cour de Cassation te voorkomen een waardeoordeel over Nicolas' leven uit te spreken. Slechts de handicaps staan ter discussie, en die worden als schade aangemerkt, hetgeen weinig stof doet opwaaien. De cassatierechter geeft Perruche geen ruimte om zijn eigen leven als een schadepost op te voeren, en zich daarmee buiten de mensengemeenschap te plaatsen. Op die manier botst het arrest niet met de kantiaanse interpretatie van de menselijke waardigheid. Zoals Pech het juist formuleert:

“[...] les juges indemnisent le handicap et non la vie. La naissance est en effet le moyen par lequel le dommage est survenu, mais ne constitue pas le préjudice en lui-même. C'est *parce que* l'enfant vit qu'il souffre, mais il ne souffre pas *de* vivre: il souffre d'un handicap congénital et il ya néanmoins autre chose que ce handicap dans sa vie. L'être qu'on a laissé venir au monde handicapé a gagné avec la vie quelque chose qui excède infiniment son handicap: la dignité humaine. Ces nuances sont d'importance car il serait contraire aux droits les plus fondamentaux de considérer que la vie puisse en elle-même constituer un préjudice. Cela signifierait clairement que certaines vies ne valent pas d'être vécues, ce qui n'est pas le propos du présent arrêt.”<sup>1066</sup>

---

1066 Pech 2002, p. 214.

Met andere woorden, wanneer de Cour de Cassation wel schadevergoeding voor Nicolas' leven zou hebben toegekend, dan zou volgens Pech de menselijke waardigheid wel degelijk in het geding zijn gekomen. Ook anderen, zoals Sargos in zijn conclusie, betogen dat de Cour de Cassation door schadevergoeding voor uitsluitend de handicaps toe te wijzen, een aantasting van de menselijke waardigheid heeft weten te vermijden.

Dat betekent dat ook veel Franse rechtsgeleerden die het arrest van de Cour de Cassation hebben verdedigd op grond van het feit dat in het arrest geen *droit de ne pas naître* ligt besloten, zoals Pech, Fabre-Magnan, Thomas en Sargos, de constructie van de Hoge Raad in *Baby Kelly* waarschijnlijk zouden verwerpen als strijdig met de menselijke waardigheid. Dat sluit aan bij mijn eerdere conclusie naar aanleiding van het *Baby Kelly*-arrest (5.2.1.3). Aangezien de rechters van de Hoge Raad, in tegenstelling tot hun Franse collega's, niet alleen vergoeding voor de kosten van Kelly's handicaps hebben toegewezen, maar ook voor alle kosten van Kelly's levensonderhoud, is het onmiskenbaar Kelly's leven dat als schadepost wordt opgevoerd. Daarmee heeft de Hoge Raad, zo werd eerder betoogd, hoe men het ook wendt of keert, het belang om niet geboren te worden impliciet erkend. Toekenning van een dergelijk belang is in strijd met menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie. De Cour de Cassation heeft daarentegen, zoals nu is gebleken, de botsing met deze interpretatie van de menselijke waardigheid weten te vermijden.

Het arrest van de Cour de Cassation kan daarnaast worden beschouwd als in overeenstemming met de andere interpretatie van de menselijke waardigheid. In deze lezing staat de vrijheid van het individu voorop. Menselijke waardigheid betekent dan dat men in uiterste gevallen zelfs de vrijheid heeft om zich buiten de mensengemeenschap te plaatsen, of zichzelf te laten objectiveren. Het mensbeeld dat ten grondslag ligt aan deze opvatting is niet aan het individu onttrokken, maar hangt juist samen met de subjectieve doelen die de persoon in kwestie zichzelf heeft gesteld. Deze interpretatie van de menselijke waardigheid is eveneens vertegenwoordigd in de rechtswetenschappelijke discussies over het *Perruche*-arrest. Toekenning van de wrongful life vordering kan op twee manieren met deze interpretatie van de menselijke waardigheid in verband worden gebracht.

Een eerste benadering legt de nadruk op het gegeven dat schadevergoeding gehandicapten als Perruche in staat stelt om een menswaardig leven te leiden. Dit argument komt overeen met de redenering die de Hoge Raad hanteerde ter rechtvaardiging van de schadevergoeding aan Kelly. Zoals Sargos in zijn rapport bij het arrest stelt:

“Où est le véritable respect de la personne humaine et de la vie: dans le refus abstrait de toute indemnisation, ou au contraire dans son admission qui permettra

à l'enfant de vivre, au moins matériellement, dans des conditions plus conformes à la dignité humaine sans être abandonné aux aléas d'aides familiales, privées ou publiques?"<sup>1067</sup>

Een tweede argument dat aan menselijke waardigheid in haar individuele dimensie kan worden ontleend, is dat de constructie van de Cour de Cassation Perruche juist in staat stelt om als subject te worden gehoord. In de eveneens in *Le Monde* gepubliceerde reactie van De Béchillon, Cayla en Thomas op het manifest van Labrusse-Riou en Mathieu wordt die stelling scherp verwoord. Volgens de drie rechtsgeleerden kan, in tegenstelling tot wat Labrusse-Riou en Mathieu beweren, even goed worden beargumenteerd dat de menselijkheid van een individu juist is gelegen in de erkenning van hem als vrij subject. Om die reden moet Perruche worden gekend in zijn klacht:

“Dans le cas limite que présente l'affaire controversée, le sujet pleinement humain serait celui qui pourrait alors se plaindre des conditions qu'il jugerait inhumaines de son existence, et en obtenir réparation, pour autant que la faute d'un tiers n'aurait pas permis à ses parents d'éviter qu'il naisse en cet état. Notons que, dans cette hypothèse, il ne serait donc nullement question de nier à un être humain sa qualité juridique de personne humaine, égale aux autres en dignité: il serait au contraire question de lui reconnaître, une fois né, le droit de se prévaloir de son humanité (non réductible à son origine génétique) pour exiger réparation de ce qui, à son sentiment, porterait atteinte à sa propre humanité.”<sup>1068</sup>

Erkenning van de wrongful life claim betekent volgens deze uitleg erkenning van de rechtssubjectiviteit van gehandicapte kinderen als Kelly en Nicolas. De drie rechtsgeleerden presenteren deze lezing als een mogelijke benadering, zonder duidelijk te maken of zij ook zelf deze benadering onderschrijven. Waar zij op willen wijzen door verschillende en tegenstrijdige interpretaties van de menselijke waardigheid te noemen, is dat rechtsgeleerden als Labrusse-Riou, Mathieu en de anderen die hun manifest ondertekenden, zich oordelen aanmeten die een rechtswetenschapper niet passen, maar strikt genomen in de politieke arena thuishoren. Uit Cayla's bijdrage aan het boek *Du droit de ne pas naître* blijkt evenwel dat hij zich bij deze uitleg van menselijke waardigheid aansluit.<sup>1069</sup> Ook Fabre-Magnan beschouwt de oplossing van de Cour de Cassation als in overeenstemming met de menselijke waardigheid. Zoals zij treffend stelt: “Comment précisément mieux reconnaître la dignité de l'enfant qu'en lui reconnaissant, comme à chaque personne et malgré son handicap, le droit de se prévaloir de la faute du médecin, et donc d'invoquer ses préjudices propres (même antéri-

1067 Rapport Sargos (*JCP* 2000, Jur., II, 10438, p. 2302).

1068 De Béchillon, Cayla en Thomas 2000.

1069 Zie hierover meer in 6.5.

eurs à sa naissance)”.<sup>1070</sup> Hoewel het natuurlijk raden blijft naar de werkelijke redenering die aan het arrest ten grondslag heeft gelegen, wordt de juistheid van Fabre-Magnans en Cayla’s interpretatie van de uitspraak ondersteund door het jaarrapport van de Cour de Cassation:

“[...] sur le terrain primordial du principe du respect de la personne humaine, on pouvait se demander s’il était légitime qu’un enfant puisse invoquer une telle faute, sans laquelle il ne serait pas venu au monde, pour demander la réparation du préjudice lié à son handicap. L’hésitation était d’autant plus pertinente que sont en jeu des valeurs fondamentales de notre civilisation quant au respect de la vie et de l’égale dignité de tous les êtres humains, quels que puissent être leurs handicaps. L’Assemblée plénière n’ignorait certes pas ces impératifs fondamentaux d’une société démocratique, mais il lui est apparu que le respect effectif, et pas seulement théorique, de la personne passait par la reconnaissance de l’enfant handicapé en tant que sujet de droit autonome et que devait être reconnu son droit propre à bénéficier d’une réparation du préjudice résultant de son handicap -et exclusivement de celui-ci- de façon à lui permettre de vivre dans des conditions conformes à la dignité humaine malgré ce handicap.”<sup>1071</sup>

De Cour de Cassation verwijst hier expliciet naar de menselijke waardigheid en brengt het beginsel in verband met de twee argumenten die hierboven werden genoemd: waardigheid betekent dat men (financieel) in staat wordt gesteld zijn leven zelf vorm te geven, en waardigheid is gelegen in de erkenning en herkenning als rechtssubject.

Wat echter aan deze redenering in de weg lijkt te staan, is dat de wrongful life vorderingen niet feitelijk van Kelly en Nicolas afkomstig waren, maar namens hen door hen ouders aanhangig waren gemaakt. Worden Kelly en Nicolas dan niet alsnog ondergeschikt gemaakt aan de verlangens van hun ouders? Ook daarop hebben Cayla, De Béchillon en Thomas, en overigens ook Fabre-Magnan, een mogelijk antwoord paraat:

“On pourrait [...] répondre que le juge, par sa solution ‘Perruche’, a précisément donné la possibilité de faire pleinement accéder un être humain vivant, mais muré dans le mutisme auquel le voue son handicap, à la dignité de personne humaine en lui donnant, par représentation, le droit de se plaindre de l’inhumanité de son existence, c’est-à-dire en l’instituant sujet de parole (ici, de plainte). Bref, on aurait alloué au droit – et au ressort de fiction instituante qu’il véhicule – la fonction d’instituer la personne.”<sup>1072</sup>

---

1070 Fabre-Magnan 2001, p. 300.

1071 Zie “Préjudice de l’enfant né handicapé”, in: Cour de Cassation, *Rapport Annuel 2000*, troisième partie, V, A, 1, g.

1072 De Béchillon, Cayla en Thomas 2000.

Met andere woorden, het is volgens hen juist in overeenstemming met de menselijke waardigheid wanneer men, ondanks zijn handicap, toch in staat wordt gesteld om in rechte gehoord te worden, ook al is het bij monde van wettelijke vertegenwoordigers.

Het resultaat is dat het arrest van de Cour de Cassation niet botst met de menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie, en geheel in de geest is gewezen van menselijke waardigheid in haar individuele dimensie. Vanuit dit perspectief bezien, overtuigt deze uitspraak meer dan het *Baby Kelly*-arrest van de Hoge Raad, dat, door Kelly's leven als schadepost voor haarzelf op te voeren, immers botst met de kantiaanse interpretatie van de menselijke waardigheid.

De oplossing van de Cour de Cassation wringt echter op andere plaatsen. De fictie die stilzwijgend aan de uitspraak ten grondslag ligt, namelijk dat Perruche zonder handicaps geboren had kunnen worden, brengt een radicale splitsing tussen het rechtssubject en zijn lichaam te weeg. In de loop van het volgende hoofdstuk wordt deze fictie geanalyseerd, vergeleken met reeds bestaande ficties en uiteindelijk ook getoetst aan het mensbeeld van de menselijke waardigheid.

### 5.3 Conclusie

De zwangerschap wordt als gevolg van biomedische technieken in toenemende mate een gecontroleerd en gestuurd proces. Naast de mogelijkheden van contraceptie en abortus om een zwangerschap te voorkomen of te beëindigen, maken preïmplantatie genetische diagnostiek (PGD) en andere vormen van prenatale diagnostiek een selectie van het nageslacht mogelijk. In het geval van PGD vindt de selectie al voorafgaand aan de zwangerschap plaats, terwijl andere vormen van prenatale diagnostiek aanleiding kunnen vormen voor selectie tijdens de zwangerschap door middel van abortus. Daardoor is ook het (bestaan van het) kind dat uit de zwangerschap voortkomt, in toenemende mate het product van menselijke beslissingen. Deze ontwikkeling heeft een juridisering van de zwangerschap tot gevolg: waar voorheen de zwangerschap een aan het menselijk handelen en daarmee aan het recht onttrokken proces was, heeft de juridische aansprakelijkheid nu meer dan ooit ook betrekking op het terrein van de zwangerschap.

Tegen die achtergrond kan de opkomst van wrongful birth en wrongful life vorderingen worden verklaard. Maakt de medische hulpverlener een fout in een van de fasen voorafgaand aan of tijdens de zwangerschap, dan kan dat resulteren in aansprakelijkheid jegens de ouders en jegens het kind dat uit de zwangerschap voortkomt. In uiterste gevallen kan de fout de ongewenste geboorte van een kind tot gevolg hebben. Het is deze precare situatie die het uitgangspunt vormt van wrongful birth en life acties. Naar Nederlands recht kunnen deze vorderingen worden toegewezen. De geboorte van ongewenst of ongepland kind is een



vorm van schade waarvoor zowel de ouders als het kind zelf vergoeding kunnen krijgen.

De moeilijkheid van deze zaken is gelegen in het feit dat zonder de fout het kind niet zou zijn geboren. Betekent erkenning van schade in deze zaken niet dat de rechter een waardeoordeel over het leven van het kind uitspreekt, en is dat niet in strijd met de menselijke waardigheid? Voor een antwoord op die vraag dient een onderscheid te worden gemaakt tussen *wrongful birth* en *wrongful life*, zo is betoogd in dit hoofdstuk.

In de *wrongful birth* actie staat het perspectief van de ouders centraal. Voor hen vormt de geboorte van een kind een doorkruising van de gezinsplanning. Door de fout in kwestie is de vrouw tegen de wensen van haar en de vader in zwanger geworden, of is hen de kans ontnomen te kiezen voor een abortus. Strikt vanuit het aansprakelijkheidsrecht geredeneerd ligt de juridische oplossing van deze zaak voor de hand: er is een fout gemaakt, waardoor de ouders extra kosten moeten maken. Deze kosten betreffen de onderhoudskosten van het kind. De Hoge Raad heeft vergoeding van deze kosten dan ook in meerdere zaken toegewezen. Is het leven van het kind daarmee tot een schadepost gereduceerd? De Hoge Raad ontkent met klem dat dat het geval is. Juist doordat het kind, wanneer het eenmaal is geboren, wordt verwelkomd in het gezin en wordt erkend als uniek en waardig individu, is schadevergoeding op haar plaats. De kwestie die hier aan de orde is betreft slechts het abstracte en anonieme gegeven van een ongeplande gezinsuitbreiding, waarvoor degene die de fout heeft gemaakt aansprakelijk is. Het leven van het resulterende kind wordt echter geenszins als minderwaardig opgevat. Met andere woorden, de Hoge Raad maakt een principieel onderscheid tussen de situatie waarin het kind slechts een abstract gegeven bij de gezinsplanning vormt, en de situatie waarin het kind als concreet individu wordt erkend.

De grens die tussen beide situaties loopt is de geboorte. Weliswaar effectueert de schade zich pas na de geboorte, maar de schade vloeit voort uit een gebeurtenis voorafgaand aan de geboorte, toen er van een concreet individu met eigen identiteit nog geen sprake was. Het oordeel komt op die manier overeen met de uitleg die in hoofdstuk 3 van het beginsel van de menselijke waardigheid is gegeven. Pas na de geboorte wordt een ieder beschermd op grond van de menselijke waardigheid. Voor de geboorte leggen de belangen van het kind het tot af tegen de wettelijk erkende belangen van de ouders. Toekenning van de *wrongful birth* vordering betekent zo bezien geen ontkenning van de uniciteit, onbetaalbaarheid en waardigheid van het bestaan van het kind dat voortkomt uit een *wrongful birth*.

Het geval *Baby Kelly* ligt in dat opzicht moeilijker: de ouders wilden op zichzelf bezien wel een kind, maar geen gehandicapt kind. Het is dan wellicht moeilijker vol te houden dat Kelly's concrete, gehandicapte bestaan niet als bron van schade fungeert. Toch vormt ook deze vorm van *wrongful birth* geen aantasting van de menselijke waardigheid. Aangezien abortus op grond van genetische afwijkingen bij de vrucht is toegestaan en niet strijdig wordt geacht met de menselijke waar-

digheid, kan een fout bij het opsporen van de genetische afwijkingen aanleiding vormen voor schadevergoeding wegens de ongewenste geboorte van het kind.

Dit onderscheid tussen het kind als abstract gegeven van gezinsplanning en het kind in zijn concrete bestaan wordt pas werkelijk een probleem, wanneer het gaat om de vraag of de medisch hulpverlener ook een fout heeft begaan jegens het kind zelf dat door de fout is geboren. Daarmee komen we bij het vraagstuk van de toelaatbaarheid van wrongful life vorderingen. Is de arts of verpleegkundige aansprakelijk ten opzichte van het gehandicapte kind dat niet is geaborteerd, doordat zijn of haar aangeboren afwijkingen niet tijdig zijn opgespoord? Zo ja, betreft de schade dan uitsluitend de handicaps of het hele leven van het kind in kwestie? De Cour de Cassation en P-G Hartkamp kiezen voor de eerste optie, de Hoge Raad voor de tweede.

Betoogd is dat het arrest van de Hoge Raad in *Baby Kelly* strijdig is met menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie. Voor het kind ontbreekt, in tegenstelling tot zijn ouders, het perspectief van waaruit het de situatie die door de fout is ontstaan, kan vergelijken met de situatie waarin de fout niet zou zijn gemaakt. Immers, als de fout niet zou zijn gemaakt, zou het kind niet zijn geboren. Daarmee kan het kind ook geen onderscheid maken tussen zijn leven als abstract gegeven van gezinsplanning en zijn concrete bestaan. Het is dan onvermijdelijk zijn concrete gehandicapte bestaan waarover het kind zich beklagt. De Hoge Raad gaat mee in een dergelijke lezing van de klacht, en wijst schadevergoeding voor alle kosten van levensonderhoud toe. Doordat de cassatierechter een scheiding tussen het kind en zijn handicaps te gekunsteld acht, ziet hij zich gedwongen Kelly's hele leven, en niet slechts de kosten die aan haar handicaps zijn verbonden, als bron van schade op te voeren. Hoewel de uitkomst van de uitspraak aansluit bij menselijke waardigheid in haar individuele dimensie, ontkomt de Hoge Raad daarmee niet aan de conclusie dat het Kelly's leven is dat de schadepost vormt. Dat betekent dat toch een waardeoordeel over Kelly's leven wordt gevormd, hetgeen een ontkenning van de gelijke waardigheid van menselijk leven vormt.

Met andere woorden, de Hoge Raad is niet bereid de fictie te hanteren waarop de Cour de Cassation en P-G Hartkamp hun oordelen hebben gebaseerd. Volgens die fictie had het kind, in weerwil van de biologische feiten, zonder handicaps geboren kunnen worden. De vordering wordt in deze interpretatie beschouwd als een klacht over de handicaps, en niet over het feit dat men geboren is. Slechts de handicaps komen dan voor vergoeding in aanmerking. Op die manier weet de Cour de Cassation te voorkomen dat haar oordeel berust op een waardeoordeel over het bestaan van Perruche.

Dat deze fictie volgens de Hoge Raad te gekunsteld is, duidt erop dat de Hoge Raad van mening is dat het recht zich niet te ver van de biologische werkelijkheid mag verwijderen. Met andere woorden, we stuiten hier op de grenzen van het juridisch artificialisme: het persoonsbegrip wordt anders te kunstmatig. Hoewel de Cour de Cassation weet te vermijden een negatief waardeoordeel over

gehandicapt leven uit te spreken, roept het arrest inderdaad vragen op over de relatie tussen het recht en de biologische feiten. De manier waarop Perruche in staat wordt gesteld zich in rechte te beklagen over zijn aangeboren handicaps, heeft een verwijdering tussen het rechtssubject en zijn eigen lichaam tot gevolg. Slechts wanneer men uitgaat van een rechtssubject dat niet alleen lichaamloos is, maar zich bovendien kan verzetten tegen de handicaps die inherent zijn aan zijn concrete lichamelijke bestaan, is deze constructie mogelijk. In zijn scherpzinnige analyse van het *Perruche*-arrest verwoordt Thomas het als volgt:

“Pour isoler un préjudice et pour en rendre la réparation possible (et non pour abolir le sujet lui-même, par une rétroaction de la fiction sur la vie) est ainsi institué un sujet abstrait des données proprement naturelles de sa vie. À l’instant où il naît, l’enfant est double. Comme être vivant, il est handicapé d’origine; comme sujet de droit, il est victime d’un préjudice. La cause du sujet n’est pas ici dans la génération d’un être vivant. Elle est dans l’institution d’une autonomie morale absolue, qui accorde au sujet le droit de se retourner contre la faute d’où résulte, non le dommage de son existence, mais le dommage dont son existence est grevée [...]. Sont séparées, dans un même événement, deux causalités parallèles, la naturelle et la juridique, et dans une même être deux sujets distincts, l’être concret et la personne en droit.”<sup>1073</sup>

Daarmee plaatst Thomas de Perruche-fictie in het verlengde van de artificialistische traditie van het persoonsbegrip, zoals die in hoofdstuk 2 is beschreven. De bezwaren van de Hoge Raad tegen de splitsing tussen het kind en zijn handicaps passen daarentegen goed in de naturalistisch-ontologische traditie. Het resultaat is dat in deze kwestie de twee tradities tot een botsing komen.

Hoewel het juridisch persoonsbegrip elementen van beide tradities in zich verenigt, is het de vraag of het recht zich inderdaad zo ver van de fysieke werkelijkheid kan en mag verwijderen, als in de constructie van Hartkamp en de Cour de Cassation gebeurt. In het volgende hoofdstuk wordt hierop dieper ingegaan. Betoogd zal worden dat deze fictie wezenlijk verschilt van bestaande juridische ficties. Hier wordt niet slechts geabstraheerd van de lichamelijke aspecten van het menselijk bestaan, maar wordt het de persoon mogelijk gemaakt zich juridisch tegen zijn aangeboren, fysieke gedaante te verzetten. Daarmee druist deze fictie in tegen de eenheid van persoon en lichaam die door het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid wordt voorondersteld. De wrongful life vordering is zo bezien, welke interpretatie ook wordt gehanteerd, in strijd met het beginsel van menselijke waardigheid.

1073 Y. Thomas, “Le sujet concret et sa personne. Essai d’histoire juridique rétrospective”, in: O. Cayla en Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. A propos de l’affaire Perruche*, Gallimard/Le Débat 2002, p. 108.

In dit hoofdstuk is beargumenteerd dat met de wrongful birth vordering de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht niet worden overschreden. De toewijzing van de wrongful life vordering, zoals geïnterpreteerd door de Hoge Raad, werd echter wel in strijd geacht met de collectieve interpretatie van de menselijke waardigheid. In deze lezing van de menselijke waardigheid komt de gelijke waardigheid van een ieders leven tot uitdrukking. De constructie van Hartkamp en de Cour de Cassation was vanuit datzelfde oogpunt daarentegen aanvaardbaar. Hun constructie staat bovendien in het teken van menselijke waardigheid in haar individuele dimensie. Toch kleven er aan toewijzing van de wrongful life vordering ook in deze ‘Franse’ variant bezwaren: zij is strijdig met een ander aspect van de menselijke waardigheid. Op grond van de menselijke waardigheid wordt de persoon begrepen als een belichaamd rechtssubject. De Perruche-fictie snijdt de banden tussen de persoon en zijn lichaam door. Daarmee vooronderstellen deze fictie en de menselijke waardigheid verschillende visies op de verhouding van het juridisch persoonsbegrip tot de persoon in fysieke zin. Deel II van dit onderzoek is gewijd aan een analyse van deze verhouding.



## DEEL II

# HET JURIDISCHE PERSOONSBEGRIP EN DE MEDISCHE BIOTECHNOLOGIE



# Inleiding

Wat betekent het om mens in het recht te zijn? Wat zijn de eigenschappen van de *homo iuridicus*, en wat onderscheidt hem van de mens uit de geleefde werkelijkheid? Al hoewel deze vragen naar het mensbeeld van het recht tijdloos zijn, hebben zij als gevolg van de opkomst van het biomedische mensbeeld een actuele relevantie verkregen. Tussen het juridische en het medisch-biologische begrip van de mens bestaat niet alleen een discrepantie, maar zelfs een spanningsveld. Dat spanningsveld wordt in dit deel van het onderzoek onderzocht.

Binnen de regulering van de biomedische praktijk staat de bescherming van de menselijkheid van de mens voorop, hetgeen tot uitdrukking wordt gebracht via beginselen als de menselijke waardigheid en het respect voor menselijk leven.<sup>1074</sup> Daarmee dwingen de biomedische ontwikkelingen de jurist tot reflectie over de antropologische grondslagen van het recht. In zijn artikel “Sujet de droit et technoscience” verwoordt Edelman de uitdaging waar de rechtsgeleerde zich voor gesteld ziet als volgt:

“L'avancée des sciences et des techniques, et, je dirais mieux, la rupture épistémologique qu'elles ont effectuée, a mis, plus que ne l'ont fait les guerres et les massacres, les juristes au pied du mur: Où est passé l'homme? Que doit-on protéger de l'homme? Que faut-il interdire pour que l'humanité de l'homme ait encore un sens?”<sup>1075</sup>

Tegelijkertijd moet met Vermeulen worden geconstateerd dat “de staat zich meer dan ooit te onthouden [heeft] van een inhoudelijk, materieel bepaald mensbeeld”.<sup>1076</sup> Als gevolg van maatschappelijke ontwikkelingen als individualisering, multiculturalisme en secularisatie wordt ook in het recht de invulling van begrippen als persoon, sekse, godsdienst of waardigheid ter discussie gesteld. Juist nu de feitelijke mogelijkheden tot zelfdefinitie en zelfmodificatie als gevolg

1074 Met name in hoofdstuk 8 ga ik hier dieper op in. Zie verder ook: B.C. van Beers (2009a), *De humaniteit van humane biotechnologie. Juridische perspectieven op menselijke waardigheid en medische biotechnologie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2009-I), Deventer: Kluwer 2009, p. 97-145.

1075 B. Edelman, *La personne en danger*, Parijs: PUF 1999, p. 399.

1076 B.P. Vermeulen, “Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten?” (Preadvies Vereniging Wijsbegeerte van het Recht 1992), *R&R* 1992 jrg. 21 afl. 1, p. 23.



van ontwikkelingen op onder meer sociaal<sup>1077</sup> en medisch<sup>1078</sup> vlak enorm zijn toegenomen, dient ook in het recht rekening te worden gehouden met de subjectieve, individuele interpretatie van dergelijke fundamentele begrippen, betoogt Vermeulen. In zijn preadvies legt hij de nadruk op de interpretatie van grondrechten, maar evenzeer kan worden gedacht aan de invulling van het juridische persoonsbegrip of het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid.

Niettemin is het mensbeeld op grond waarvan de bestaande juridische beperkingen van de medische biotechnologie worden gerechtvaardigd, zoals het verbod op het klonen van mensen of vormen van genetische manipulatie, juist een collectief mensbeeld, dat wordt afgeleid uit een bepaalde lezing van de menselijke waardigheid. Met andere woorden, de invulling van dit mensbeeld is aan het individu onttrokken. Daarmee lijkt als gevolg van de biomedische ontwikkelingen het conflict tussen een objectieve en subjectieve interpretatie van zowel het juridisch persoonsbegrip als de menselijke waardigheid jaren na Vermeulens preadvies verder op te laaien.

In de loop van dit onderzoek is gebleken dat discussies over de grenzen van het lichamelijk zelfbeschikkingsrecht en de juridische interpretatie van het beginsel van de menselijke waardigheid uiteindelijk in de kern de betekenis van het juridisch persoonsbegrip betreffen. Zoals in hoofdstuk 2 werd beschreven, is het huidige persoonsbegrip een complexe mengvorm van constructivistische en naturalistische componenten. In dat hoofdstuk was het nog te vroeg voor een ontrafeling van dit hybride begrip. Daarvoor was nader onderzoek nodig, waarin onder meer het functioneren van het persoonsbegrip in de context van de regulering van handelingen met het lichaam en het embryo werd bestudeerd. De hoofdstukken over de juridische status van het menselijk lichaam en het embryo dienden dat doel. De juridische beginselen die daarbij aan de orde kwamen, zoals de menselijke waardigheid, lichamelijke zelfbeschikking en respect voor menselijk leven, belichtten verschillende aspecten van het juridische mensbeeld. In de discussies rondom *wrongful life* en *birth* kwamen de twee tradities die aan het persoonsbegrip ten grondslag liggen zelfs tot een frontale botsing.

De juridische gedaantes en voorstellingen van de persoon die de revue passeerden in deze juridische kwesties, vormen een afspiegeling van de veelvormigheid en zelfs innerlijke tegenstrijdigheden van het juridisch persoonsbegrip. Het zou nu mogelijk moeten zijn de balans op te maken. In het hiernavolgende worden de verschillende componenten van de mengvorm van de juridische persoon nader geanalyseerd. Drie benaderingen van de mens in het recht zullen aan bod komen, die naast elkaar, en soms ook tegenover elkaar, in de debatten over medische biotechnologie en recht figureren: een technisch-juridisch persoonsbegrip, een

1077 Vermeulen wijst in dat verband met name op de opkomst van alternatieve samenlevings- en zingevingsmodellen (Vermeulen 1992, p. 24-25).

1078 Vermeulen noemt het voorbeeld van transseksualiteit (Vermeulen 1992, p. 25).

biologisch-juridisch mensbegrip en een symbolisch-juridisch persoonsbegrip. In de Franse rechtssystematiek komen deze figuren grofweg overeen met de termen *personne juridique*, *être humain* en *personne humaine*.<sup>1079</sup> Ieder van deze figuren verhoudt zich op een andere manier tot de lichamelijke aspecten van het menselijk bestaan. Met behulp van deze persoons- en mensbegrippen kan er meer licht worden geworpen op de tendensen van naturalisering en artificialisering die in de geschiedenis van het juridisch persoonsbegrip zijn waar te nemen. Bovenal is een nader begrip van de verschillende persoonsbegrippen noodzakelijk voor reflectie over de plaats van het lichaam in het recht, en de plaats van het recht in de regulering van de medische biotechnologie.

Het technisch-juridisch persoonsbegrip, dat in hoofdstuk 6 centraal staat, komt overeen met een kelseniaanse visie<sup>1080</sup> op de juridische persoon. Deze tamelijk lege, juridische categorie is een technisch-juridisch construct dat geen enkele betrekking met de mens in fysieke zin onderhoudt. Dit persoonsbegrip dient een technisch-juridisch doel – de toerekening van juridische rechten en plichten – en is als zodanig onmisbaar in het recht. Voor zover het lichaam in deze technisch-juridische benadering voorkomt, is het als losstaand object dat tot de volledige beschikking van de persoon staat.

Binnen een biologisch-juridische benadering (hoofdstuk 7) daarentegen, wordt de juridische persoon vereenzelvigd met de mens van vlees en bloed. De biologische kijk op de mens wordt overgeheveld naar een juridisch denkkader. Daarbij moet de kanttekening worden geplaatst dat ook dit mensbegrip uiteraard een juridische constructie is. De invloed van dit mensbeeld doet zich in het huidige rechtssysteem vooral gelden bij het bepalen van het begin en einde van rechtssubjectiviteit. Met name in de discussies over de juridische status van het embryo speelt dit begrip dan ook een belangrijke rol.

Aangezien biologische grenzen en criteria in het biomedisch tijdperk vloeibaar en manipuleerbaar beginnen te worden, is de wijze waarop biologische en medische criteria in het recht worden geïntegreerd een nadere analyse waard. De wetgever valt op het terrein van medische biotechnologie onvermijdelijk terug op criteria die afkomstig zijn uit de biomedische wetenschap. Het aanknopen bij biologische grenzen kan echter ten koste gaan van bestaande juridische categorieën en beginselen. Zo wordt via het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid tot uitdrukking gebracht dat de menselijke persoon juist meer is dan zijn lichamelijke omhulsel. In de slotparagrafen van hoofdstuk 7 worden de uiterste grenzen van de biologisering van het recht verkend. Wanneer de juridische

1079 Bioy wijdt uitvoerige analyses aan deze begrippen in zijn proefschrift over het juridische concept van de menselijke persoon (X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux* (diss. Toulouse), Parijs: Dalloz 2003, met name p. 146-249).

1080 Zie 2.2.

persoon volledig tot de mens in biologische zin wordt teruggebracht, komt een totalitaire objectivering en dehumanisering van de mens gevaarlijk dichtbij.

Zowel het technisch-juridische persoonsbegrip als het biologisch-juridische mensbegrip opereren uiteindelijk binnen hetzelfde dualistische denkkader, en vormen zo gezien elkaars logische tegendeel: in het technische persoonsbegrip is het lichaam afwezig, terwijl in een biologische benadering de mens daar volledig mee lijkt samen te vallen. Het symbolisch-juridische persoonsbegrip (hoofdstuk 8) overstijgt dit dualisme door een brug te slaan tussen de technische en een biologische benadering van de mens in het recht, alsmede tussen de artificialistische en naturalistische traditie. Dit persoonsbegrip komt in de praktijk overeen met het mensbeeld van de mensenrechten en de menselijke waardigheid, en wordt veelal met de term *menselijke persoon* aangeduid. Sinds de naoorlogse mensenrechten-codificaties wint dit persoonsbegrip aan invloed, met name bij de regulering van de medische biotechnologie. Het juridische beginsel van de menselijke waardigheid fungeert daarbij als een normatief mensbeeld, op grond waarvan de biomedische ontwikkelingen kunnen worden gestuurd, genormeerd en gehumaniseerd. In dit onderzoek wordt het symbolische persoonsbegrip opgevat als een juridisch construct (artificialisme) dat in het biomedische tijdperk vooral tot functie heeft om de biologische aspecten en grenzen van het menselijk bestaan (naturalisme) van een bepaalde zin en betekenis te voorzien. Op die manier biedt het symbolische persoonsbegrip een manier om de verhouding tussen de persoon en zijn lichaam op een transindividuele en betekenisvolle wijze gestalte te geven binnen het recht. Met andere woorden, via het juridische begrip van de menselijke persoon kunnen enerzijds de relationele en anderzijds de lichamelijke aspecten van het menselijk bestaan in hun onderlinge samenhang in het recht gestalte krijgen.

Het is dan ook het symbolisch-juridische persoonsbegrip dat van toenemende betekenis blijkt te zijn bij de normering van de biomedische ontwikkelingen. De biomedische ontwikkelingen hebben nieuwe vormen van menselijk leven voortgebracht, zoals het hersendode lichaam, het rest-embryo, het donor-orgaan, en het embryo dat speciaal voor wetenschappelijke doeleinden is gecreëerd. De vraag is hoe deze vormen van menselijk leven en menselijk materiaal moeten worden geduid en gesymboliseerd. In dit maatschappelijke en culturele proces van symbolisering heeft ook het recht een belangrijke functie te vervullen. De juridische symbolisering van het menselijk lichaam en leven blijkt het duidelijkst uit de verwijzingen naar het respect voor menselijk leven en menselijke waardigheid in de biomedische regelgeving.

Een factor die een heldere analyse van deze drie persoons- en mensbegrippen bemoeilijkt is dat zij elkaar gedeeltelijk overlappen en ingenieus met elkaar zijn verweven. Zo kan het symbolische persoonsbegrip als een combinatie van het technisch-juridische persoonsbegrip en het biologisch-juridische mensbegrip worden opgevat: in het begrip komen het biologische aspect van het biologisch-

juridische mensbegrip en het relationele aspect van het technisch-juridische persoonsbegrip bijeen. Maar omgekeerd oefent het symbolische persoonsbegrip ook invloed uit op de invulling en afbakening van de twee andere termen. Bioy beschrijft de complexiteit van de onderlinge verknoppingen als volgt:

“On le voit le rapport triangulaire entre *être humain*, *personne juridique* et *personne humaine*, tous trois termes de droit positif, remplissant potentiellement des fonctions distinctes, sans doutes de natures épistémologiques différentes, s'annonce assez complexe. Si, comme on le verra, les liens qui distinguent ou unissent la personnalité juridique proprement dite et l'être humain ont de tout temps fait l'objet d'analyses, l'introduction du concept positif de la personne humaine vient semer le trouble et inférer dans ces rapports plus ou moins connus. Personnification juridique de l'être humain et humanisation de la personne juridique se télescopent sous le signe du concept de personne humaine.”<sup>1081</sup>

Kort gezegd, binnen het concept van de menselijke persoon zien we de mens in biologisch-juridische zin rechtssubject worden, en wordt de persoon in technisch-juridische zin gehumaniseerd.

In het hiernavolgende worden de drie persoons- en mensbegrippen zo goed als mogelijk van elkaar onderscheiden en afzonderlijk geanalyseerd. De drie begrippen zijn weliswaar in de meeste gevallen, zoals reeds gezegd, tegelijkertijd van toepassing: een ieder is immers na de geboorte en voor de dood volgens het huidige rechtssysteem zowel in technisch-juridisch, biologisch-juridisch als symbolisch-juridisch opzicht persoon en mens. Maar daar staat tegenover dat de situaties waarin dat niet zo is, veelal de grensgevallen zijn die sinds de opkomst van de biomedische ontwikkelingen ter discussie staan. Zo zijn het ongeboren en het gestorven lichaam voorbeelden van gevallen waarin slechts één of twee van de juridische mensbeelden van toepassing is of zijn. Nu de biomedische ontwikkelingen het embryo en het lijk in een nieuwe medische praktijk van bijvoorbeeld stamceltherapie en orgaandonatie hebben geplaatst, kan het onderscheid tussen de drie begrippen van groot belang zijn bij een hernieuwde analyse van de status van het lijk en het embryo.

Meer algemeen maakt het onderscheid tussen de drie begrippen het mogelijk de functie van het recht bij de regulering van de biomedische ontwikkelingen nader te duiden. Met deze drie juridische gestalten van de mens corresponderen immers drie opvattingen over de verhouding van het recht tot de biologische werkelijkheid. Op de achtergrond van de volgende drie hoofdstukken speelt daarom de vraag of het recht kan blijven vasthouden aan een bepaald begrip van de menselijke natuur, nu de menselijke natuur in biologische zin in steeds verdergaande mate veranderlijk en manipuleerbaar blijkt te zijn.

---

1081 Bioy 2003, p. 149.



## 6 De technische functie van het juridische persoonsbegrip

### 6.1 Het technisch-juridisch persoonsbegrip als abstractie

In het rechtssysteem vormt het technisch-juridisch persoonsbegrip een onmisbare eenheid. Als knooppunt van rechten en plichten is de persoon in technisch-juridische zin een essentiële schakel bij de allocatie van rechten en plichten. De persoon dient in deze context een technisch-juridisch doel als normadressaat ofwel *Zurechnungspunkt*, zoals Kelsen dat noemt,<sup>1082</sup> van bevoegdheden, verboden, rechten, etc. De beschrijving die in deel 1 van de Asser-serie wordt gegeven van de juridische persoon, is in dat opzicht kenmerkend:

“Persoonlijkheid in juridische zin is de bevoegdheid drager te zijn van rechten, verplichtingen en rechtsbetrekkingen (rechtsbevoegdheid, rechtssubjectiviteit). Het is de meest algemene voor het recht van betekenis zijnde eigenschap van de mens en het is dan ook voor het rechtsverkeer noodzakelijk dat begin en einde van de persoonlijkheid kunnen worden vastgesteld.”<sup>1083</sup>

Dit persoonsbegrip is daarom sterk gelieerd aan het begrip *rechtssubjectiviteit*. Preciezer, de technisch-juridische persoonlijkheid kan worden gezien als de mogelijksvoorwaarde voor rechtssubjectiviteit.<sup>1084</sup> Het is duidelijk dat dit persoonsbegrip met zijn technische functie een abstractie vormt van de concrete mens in zijn sociale, psychologische en fysieke aspecten. Die abstractie is eigen aan het juridisch discours, en maakt een essentieel deel uit van de juridische vertaalslag: concrete gebeurtenissen worden geordend, gekwalificeerd en vertaald naar juridische begrippen als overeenkomst, zaak, en dus ook persoon. Alleen op die manier, door de veelheid aan concrete feiten en aspecten van een

1082 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig en Wenen: Franz Deuticke 1934, p. 53.

1083 Asser/De Boer 2006, nr. 21.

1084 Het is daarom strikt genomen onjuist om de juridische persoon gelijk te stellen aan het rechtssubject. In de woorden van Bioy: “La personnalité juridique constitue le support passif et statique des droits, alors que le sujet de droit se conçoit en situation active et dynamique, dans un rapport ou une situation juridique avec un autre sujet. La personnalité, condition pour être sujet, est la capacité à être sujet de droit et non le sujet de droit lui-même” (X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux* (diss. Toulouse), Parijs: Dalloz 2003, p. 312).

zaak op juridische relevantie te selecteren en in te passen in bestaande, neutrale rechtscategorieën, kan rechtsgelijkheid en rechtszekerheid worden bereikt. Het persoonsbegrip is vanuit dit perspectief niet meer en niet minder dan een rechtscategorie zonder substantiële betekenis, een juridische mal zonder eigen inhoud. Ook Scholten wijst erop “dat met aanwijzing der categorieën op zich zelf omtrent de inhoud van het recht niets is gezegd. Uit de categorieën alleen kan geen enkel concreet rechtsvoorschrift worden afgeleid. Zij zijn volkomen leeg”.<sup>1085</sup>

Reeds in hoofdstuk 2 is aan bod gekomen hoe de Franse rechtshistoricus Thomas deze ‘leegheid’ van het persoonsbegrip als kenmerkend voor het Romeinse recht beschouwt. Het persoonsbegrip behoort tot “les catégories neutres en soi et vides de sens”<sup>1086</sup> en moet worden gezien als “une fonction abstraite, un contenant qui se prête à toutes sortes de contenus,”<sup>1087</sup> zo betoogt Thomas. Volgens hem maken de romeinsrechtelijke ficties en constructies inzichtelijk hoe het recht, en daarmee ook het rechtssubject, ten diepste kunstmatig van aard zijn. Het recht wordt in zijn benadering tot een *technique de dénaturation*,<sup>1088</sup> een denaturaliseringstechniek. In later werk trekt hij dit romeinsrechtelijke artificialisme op een radicale manier door naar de huidige tijd, waarover meer in de volgende paragraaf.

Het beroep dat aanhangers van het natuurrecht doen op een bepaald natuurbegrip is wat dat betreft misleidend, stelt Thomas. Sterker nog, “tout accès intuitif et immédiat à la nature des choses et à l'équité qui les gouverne, est antithétique de l'idée même de droit”.<sup>1089</sup> Het recht kenmerkt zich juist door zijn tegennatuurlijke aard. ‘De natuur’ waarvan sprake is in het natuurrecht is een gejuridificeerde natuur, en daarmee evengoed een product van juridische inventiviteit. De ficties uit het Romeinse recht dragen dat tegennatuurlijke karakter van het recht openlijk uit: zo denatureert de Romeinse adoptie de biologische afstamming, vervroegt de nasciturus-fictie het tijdstip van geboorte, en maakt de *fictio legis Corneliae* het mogelijk dat degene die in gevangenschap is overleden, ondanks zijn verlies van juridische status, toch een testament kan nalaten, alsof hij als een vrij Romeins burger is gestorven.<sup>1090</sup>

Zoals het artificiële karakter van de juridische persoon zijn basis reeds in het Romeinse recht heeft, zo kent ook de kritiek op de kloof tussen persoonsbegrip

1085 Asser/Scholten 1974, p. 59.

1086 Y. Thomas (Thomas 1998a), “Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit”, *Le Débat* 1998, nr. 100, p.104.

1087 Thomas 1998a, p. 98.

1088 Thomas 1998a, p. 106.

1089 Y. Thomas, “Le sujet concret et sa personne. Essai d'histoire juridique rétrospective”, in: O. Cayla en Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Gallimard/Le Débat 2002, p. 119.

1090 Voor een uitvoerige uiteenzetting en meerdere voorbeelden, zie Y. Thomas, “Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales”, *Droits*, nr. 21, 1995, p. 17-63. Zie ook Thomas 2002, p. 137.

en geleefde werkelijkheid een lange geschiedenis. Foqué en 't Hart spreken in dat verband van een telkens terugkerende “opstand der feiten tegen het recht”<sup>1091</sup> of “tegen de wet” (daarmee verwijzend naar Morins “révolte des faits contre le code”) om dergelijke kritiek op “de vervreemding van het dogmatische recht ten opzichte van de werkelijkheid”<sup>1092</sup> te duiden.

In het kader van het persoonsbegrip heeft men op meerdere momenten in de geschiedenis van het recht gewezen op de discrepantie tussen het juridische mensbeeld enerzijds, en de mens uit de sociale, psychologische en biologische werkelijkheid anderzijds. Dergelijke kritiek roept steeds weer de vraag op in hoeverre de feitelijke omstandigheden en eigenschappen van het individu hun weerslag dienen te krijgen in het recht, en in hoeverre daar juist van mag worden geabstraheerd. In hoeverre dient “de kloof tussen de mens en zijn presentatie in het recht,” zoals 't Hart dat formuleert,<sup>1093</sup> te worden overbrugd? Met name de juridische voorstelling van de mens als autonoom wezen wordt in die context als misleidend en ongefundeerd beschouwd. De autonomie van de mens kan wat dat betreft zelfs als een centrale fictie van het juridisch discours worden gedacht.<sup>1094</sup>

Een interessante manier om het spanningsveld tussen dit juridische persoonsbegrip en de concrete persoon te beschrijven is aan de hand van het begrip-paar *persona* en *prosopon*. *Persona* moet daarbij, zoals aan de orde kwam in hoofdstuk 2, worden begrepen als masker, en *prosopon* als gelaat. In die context kan worden gesteld dat het *prosopon* normaliter achter het *persona* verscholen gaat. Ofwel, de mens van vlees en bloed, gekenmerkt door psychische noden en deel uitmakend van een specifieke sociale context, verdwijnt achter het juridische *persona*, zodra men het juridisch toneel betreedt. 't Hart drukt het als volgt uit:

“De mens als participant in het recht is niet de mens in zijn totaliteit en complexiteit, met al zijn individuele bijzonderheden: die mens verdwijnt achter het masker. De anonieme kijker moet accepteren dat hij niet de individuele trekken van de auteur ziet.”<sup>1095</sup>

De recente rechtsgeschiedenis maakt echter duidelijk hoe het gelaat steeds verder door het masker begint heen te breken.<sup>1096</sup> Het concrete individu begint uit de schaduw van het rechtssubject te treden. De persoon van het recht wordt op die

1091 R. Foqué en A.C. 't Hart, “Grondslagen ter discussie”, in: G.C.G.J. van Roermund, M.S. Groen-huijsen en W.J. Witteveen (red.), *Symposium strafrecht. Vervolg van een grondslagendebat*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 398.

1092 R. Foqué en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint/Antwerpen: Kluwer 1990, p. 207-208.

1093 In zijn noot bij HR 18 december 1984, NJ 1985, 356, sub 6.

1094 Zie met name het werk van Broekman op dit punt.

1095 A.C. 't Hart, *Recht als schild van Perseus. Voordrachten over strafrechtstheorie*, Gouda Quint/Kluwer Rechtswetenschappen: Arnhem/Antwerpen 1991, p. 50.

1096 Zie hierover D.W.J.M. Pessers, *Menselijke waardigheid en het persoonsbegrip in het recht* (preadvies CJV), Utrecht: Lemma 2005, p. 35 e.v.



manier steeds verder en nader gesitueerd in bepaalde aspecten van de geleefde werkelijkheid. Een van de gevolgen van deze concretisering van de juridische persoon is een *subjectivering van het persoonsbegrip*,<sup>1097</sup> zoals Pessers dat formuleert in haar preadvies over de geschiedenis van het persoonsbegrip. In dat verband kan ook in het huidige recht een aantal ontwikkelingen worden aangewezen. Pessers wijst erop dat onder invloed van persoonlijkheidsrechten het rechtssubject steeds meer in zijn psychische en emotionele behoeftes wordt erkend.<sup>1098</sup> Te denken is aan de aantasting in de persoon (artikel 6:106 lid 1 sub b BW) die aanspraak op schadevergoeding geeft,<sup>1099</sup> de erkenning van shockschade in de jurisprudentie over deze bepaling<sup>1100</sup> en in de toekomst waarschijnlijk de wettelijke erkenning van affectieschade.<sup>1101</sup> Daarnaast is er steeds meer aandacht voor de persoon van het slachtoffer in het strafrecht, zoals mede blijkt uit de toekenning van het spreekrecht aan slachtoffers.<sup>1102</sup>

De kritiek op het abstractie-gehalte van het persoonsbegrip, en op een verholde ideologie die achter het zogenaamd neutrale persoonsbegrip schuil zou gaan, kan uitmonden in een zekere humanisering van het persoonsbegrip: de juridische persoon komt dichterbij de mens uit de geleefde werkelijkheid te staan, en krijgt een menselijk gezicht. Daar staat tegenover dat een mogelijk gevaar van deze concretisering is dat het persoonsbegrip zodanig verbrokkelt en versnipperd, dat het zijn bindende en regulerende kracht verliest. Zodra het persoonsbegrip te zeer wordt toegeëigend door het individu, en tot het object van individuele aanspraken wordt, “lost het rechtssubject op in het individu”, zoals Pessers stelt, “en dreigen weer de ongetemde machtsverhoudingen van de natuurstaat”.<sup>1103</sup> Rechtszekerheid en rechtsgelijkheid berusten immers in belangrijke mate op een generalisatie en abstractie van de mens in het recht. Vergaande concretisering, subjectivering en inkleuring van het juridisch persoonsbegrip kunnen uitmonden in een ondermijning van de continuïteit en eenheid van het rechtssysteem. Bovendien kunnen achter een zogeheten realistisch persoonsbegrip repressieve tendensen schuilgaan. Wanneer de juridische persoon werkelijk zou samenvallen met de mens uit de geleefde werkelijkheid, wordt het menselijk leven in al zijn aspecten

1097 Pessers 2005, p. 40.

1098 Over de erkenning van de persoon van het slachtoffer in het privaatrecht, zie onder meer C.M.C. Zeeland, Y.P. Kamminga en J.M. Barendrecht, “Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan”, *NJB* 2003, nr. 16, p. 818-827.

1099 Zie voor een uitgebreide analyse van de problematiek: A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

1100 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, m.nt. JBMV (*Taxibus*).

1101 Op het moment van schrijven is een wetsvoorstel hieromtrent aanhangig. Zie hierover in het bijzonder R.M.E. Huver, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans en N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid*, Den Haag: WODC 2007 deel 1 en het nog te verschijnen deel 2 van hetzelfde rapport.

1102 Zie hierover W. Veraart (2005c), “De vervaging van het rechtssubject; de opmars van het slachtoffer”, *AA* 2005, p. 246.

1103 D.W.J.M. Pessers (2003a), *Big Mother. Over de personalisering van de publieke sfeer* (oratie VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 37.

door het recht 'gekoloniseerd'. Om die reden ligt Volgens 't Hart de kern van rechtsbescherming juist in de mate van abstractie van het persoonsbegrip:

"Het rechtssubject is geen afbeelding die samenvalt met het individu als volledige mens van vlees en bloed: want met de toegankelijkheid van de mens als rechtssubject in het maatschappelijk leven mag nog niet de gehele mens toegankelijk zijn. De rechtsbescherming, verbonden met individuele autonomie, en publieke mondigheid, gaat niet samen met volledige toegankelijkheid. Rechtssubjectiviteit is daarom een 'persona', een masker. De mens als maatschappelijk actor gaat schuil achter zijn rechtssubjectiviteit zoals de acteur op het toneel schuilgaat achter zijn masker. Dat beperkende juridische statuut, ondergrens van maatschappelijkheid, voorkomt volledige transparantie. Rechtsbescherming staat haaks op leesbaarheid van de mens en zijn samenlevingsverbanden als een open boek."<sup>1104</sup>

Dat betekent dat er per definitie enige grenzen aan de subjectivering van het persoonsbegrip zijn. Zo kan men zich met name met Pessers afvragen of "de grenzen van de subjectivering van het persoonsbegrip [...] in zicht [komen] wanneer subjectivering van het persoonsbegrip leidt tot objectivering van diezelfde persoon".<sup>1105</sup>

Kortom, het is zaak dat men zich van het artificiële en abstracte karakter van het persoonsbegrip bewust blijft, zonder uit het oog te verliezen dat het persoonsbegrip in dienst staat van bescherming van mensen uit de levensfeitelijke werkelijkheid. In dat verband wijst Pessers erop dat door de geschiedenis van het recht heen een dialectische beweging tussen abstrahering en concretisering van het juridisch persoonsbegrip is waar te nemen. Telkens wanneer in het licht van maatschappelijke ontwikkelingen het persoonsbegrip wordt aangepast en geconcretiseerd, komt er ook een moment wanneer men op zekere grenzen van die individualisering en concretisering stuit, en een tegengestelde stroming van veralgemenisering en abstrahering van de juridische persoon wordt ingezet. Zoals Labrusse-Riou opmerkt:

"la notion de personne [...] reste marquée par des fortes tensions entre une conception substantielle articulée sur l'alliance de valeurs fondamentales et de l'existence de l'être humain comme réalité, et une conception purement fonctionnelle et formelle du sujet de droit."<sup>1106</sup>

---

<sup>1104</sup> 't Hart 1991, p. 159-160.

<sup>1105</sup> Pessers 2005, p. 41.

<sup>1106</sup> C. Labrusse-Riou, "L'humain en droit: réalité, fiction, utopie?", in: C. Hervé en J.J. Rozenberg (red.), *Vers la fin de l'homme?*, Brussel: De Boeck 2006, p. 165.

De uitdaging in het recht is tot een persoonsbegrip te komen waarin een ieder zich afdoende kan herkennen, zonder dat de eenheid van het persoonsbegrip eronder te lijden heeft. Of zoals Petit het formuleert in zijn oratie uit 1947 over de mens van het burgerlijk recht:

“Veralgemeening en differentiatie, ziedaar de Scylla en Charybdis, waartusschen de wetgever den menschkundig juisten koers moet bepalen. [...] Het is een dubbel gevaar, waarop de wetgever, in iedere bepaling en voor het geheel van zijn wetgeving, moet zijn bedacht: dat hij zijn recht niet modelleere naar een te algemeen noch naar een te singulier begrip van den mensch.”<sup>1107</sup>

Met de wrongful life kwestie staat het abstractiegehalte van het recht, en in het bijzonder dat van het juridisch persoonsbegrip, opnieuw ter discussie. Een groot deel van de kritiek op de toewijzing van de wrongful life vordering kan worden beschouwd als deel van een nieuwe opstand der feiten tegen het recht. In dit geval zijn het vooral de medische en biologische feiten die zich verzetten tegen de juridische constructie die aan de basis van toekenning van de wrongful life vordering staat.

In het vorige hoofdstuk kwam naar voren hoe een van de meest aanhoudende bezwaren tegen de wrongful life jurisprudentie luidt dat zij indruist tegen de wetten van de medisch-biologische causaliteit. Die kritiek is vooral gericht op de interpretatie van de wrongful life claim als een verzoek van het kind om vergoeding van zijn handicaps, en niet voor het feit dat hij überhaupt is geboren. Met andere woorden, die kritiek is gericht op de interpretatie die in Frankrijk door de Cour de Cassation, *conseiller* Sargos en anderen werd gegeven, en in Nederland door Sieburgh en P-G Hartkamp. De grondslag van deze lezing van de wrongful life vordering is immers gelegen in een scheiding van het kind en zijn handicaps, in een ontkenning van het feit dat de handicaps van het kind aangeboren zijn. Daarbij wordt aan een juridisch-artificialistische logica voorrang gegeven boven een medisch-biologische lezing van de feiten. Alleen op die manier kan het kind zich beklagen over zijn handicaps, ook al zou het kind in werkelijkheid, bij tijdige ontdekking van de handicaps, als gevolg van een abortus in het geheel niet zijn geboren. Deze interpretatie van wrongful life wordt mogelijk gemaakt door de introductie van een nieuwe fictie in het juridisch domein: de fictie dat een kind met aangeboren handicaps gezond geboren had kunnen worden. Ik spreek voor het gemak in het vervolg van de *wrongful life-fictie*, al hoewel deze fictie slechts aan de lezing van wrongful life door de Cour de Cassation en Hartkamp ten grondslag ligt, en niet aan de interpretatie van bijvoorbeeld de Hoge Raad.

---

1107 Ch. Petit, *Het beeld van den mensch in de burgerlijke wetgeving* (oratie Nijmegen) Nijmegen/Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1947, p. 10.

Thomas verdedigt deze nieuwe fictie als voortvloeiend uit en in overeenstemming met de wezenlijk kunstmatige aard van het bestaande recht en juridisch persoonsbegrip. Toch zou men kunnen stellen dat we hier van doen hebben met een radicaal nieuwe soort fictie, die het technisch-juridisch persoonsbegrip niet alleen buiten de biologische werkelijkheid plaatst, maar daar zelfs pontificaal tegenover. Om die stelling te kunnen onderbouwen, wordt hierna ingegaan op de aard van traditionele ficties. Ook los van het geval van *wrongful life* roept de juridische fictie essentiële vragen op over de relatie tussen het recht en de tastbare werkelijkheid, en tussen het technisch-juridisch persoonsbegrip en het menselijk lichaam.

## 6.2 De technisch-juridische fictie

In de juridische fictie treedt het constructivistische aspect van het recht onverbloemd op de voorgrond. Het is niet voor niets dat Scholten de fictie voorbij laat komen in zijn theoretische beschouwingen over de aard van de juridische constructie:<sup>1108</sup> de fictie is een uitgesproken voorbeeld van rechtstechniek. Hoewel de juridische fictie reeds sinds het Romeinse recht een plaats heeft temidden van andere juridisch-technische middelen,<sup>1109</sup> bestaat over de functie die de fictie in het recht vervult nog altijd verschil van mening. Dat is onder meer te wijten aan het feit dat in de huidige rechtswetenschap weinig aandacht bestaat voor de fictie. Dat was niet altijd zo: de fictie vormde ooit het studie-object van uiteenlopende denkers als Bentham, Von Jhering, Maine, Kelsen en Fuller. In de discussies over de aard van de rechtspersoon vond de belangstelling voor de *fictio legis* haar historisch hoogtepunt. Zoals Scholten stelt in deel II-2 van de Asser-reeks heeft “geen vraag van privaatrecht [...] in de 19e en in de eerste decennia der 20e eeuw zozeer tot theoretische beschouwingen aanleiding gegeven als die naar de aard van de rechtspersoon”.<sup>1110</sup> Aangezien de hedendaagse literatuur over de juridische fictie daarentegen uiterst gering is, met name de Nederlandstalige, wordt in deze paragraaf noodgedwongen veel van oudere en internationale bronnen gebruikt.

Een van de redenen dat de juridische fictie intrigeert, is dat zij een pregnant voorbeeld vormt van de juridische vertaalslag. In deze juridische techniek komt niet alleen het vermogen van het recht tot uiting om voor juridische doeleinden te abstraheren van de werkelijkheid, maar de feiten zelfs om te buigen en te verval-

1108 Zie Asser/Scholten 1974, p. 48-53.

1109 Over de geschiedenis van de juridische fictie, zie onder meer P.J.J. Olivier, *Legal fictions in practice and legal science* (diss. Leiden), Rotterdam: Universitaire Pers Rotterdam 1975; en Thomas 1995.

1110 Asser/Van der Grinten/Maeijer 1997 (2-II), nr. 1.

sen. In deel II-2 van de Asser-serie wordt de volgende, van Scholten afkomstige, definitie van de fictie gegeven:

“Wie van fictie spreekt, behoort eerst te onderzoeken wat fictie in het algemeen in het recht betekent. Het is toevoeging van een nieuwe regel aan het recht door de bepaling, dat bepaalde feitelijke omstandigheden anders worden geduid dan zij in werkelijkheid zijn, om op gemakkelijke wijze een bestaande regel (of een samenstel van regels) toepasselijk te maken.”<sup>1111</sup>

Op basis van deze definitie wordt het meteen ook mogelijk de fictie te onderscheiden van een andere, maar verwante juridische techniek: het rechtsvermoeden. Het vermoeden wordt toegepast wanneer er omtrent de feiten geen absolute zekerheid kan worden verkregen. De wetgever of rechter vult de ontbrekende gegevens dan op zo'n manier aan dat de vermoedelijke of normale situatie zoveel mogelijk wordt benaderd. Bekende voorbeelden van wettelijke toepassing van het rechtsvermoeden zijn het vermoeden van overlijden bij vermiste personen (artikel 1:413 BW), het vermoeden van wetenschap van benadeling bij paulianeus handelen (artikel 3:46 BW),<sup>1112</sup> het vermoeden van vaderschap binnen een huwelijk of bij erkenning (artikel 1:199 BW), en het vermoeden dat de bezitter van een goed ook de rechthebbende is (artikel 3:119 lid 1 BW). Binnen de groep van vermoedens wordt dan weer onderscheid gemaakt tussen het vermoeden waartegen bewijs is toegelaten (*praesumptio iuris*), en waartegen dat niet het geval is (*praesumptio iuris et de iure*).<sup>1113</sup> Het vermoeden waartegen geen bewijs is toegelaten vertoont een sterke gelijkenis met de fictie.

Wat ficties en vermoedens met elkaar verbindt, is dat zij beide opereren in het grensgebied tussen de gegeven werkelijkheid van de feiten en de geconstrueerde wereld van het recht. In de woorden van de Britse rechtsfilosoof Pottage: “Fictions and presumptions work *within* the division between law and fact, or between legal propositions and the ‘things’ to which they refer.”<sup>1114</sup> Ofwel, de functie van beide juridische constructies is “that of bridging a gap between concept and reality”, zoals Fuller dat uitdrukt.<sup>1115</sup>

Toch blijft er sprake van een wezenlijk verschil tussen fictie en vermoeden. Uitgangspunt van het vermoeden wordt gevormd door de *normale* situatie, ook daar waar het misschien feitelijk anders is gegaan (zie de *praesumptio iuris et de*

1111 Asser/Van der Grinten/Maeijer 1997 (2-II), nr. 20.

1112 Zie over de werking hiervan: R.J. de Weijts, “Naar een flexibele benadering van de wetenschap van benadeling onder de pauliana”, *WPNR* 2007, nr. 6272, p. 848-857.

1113 Asser/Scholten 1974, p. 51; Thomas 1995, p. 17-18.

1114 A. Pottage, “Introduction: the fabrication of persons and things”, in: A. Pottage en M. Mundy (red.), *Law, anthropology, and the constitution of the social. Making persons and things*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 13.

1115 L.L. Fuller, *Legal fictions*, Stanford: Stanford University Press 1967, p. xii.

*iure*). Via een juridische fictie daarentegen, gaat de wetgever, rechter of rechts-wetenschapper expliciet en doelbewust in tegen de feitelijke toedracht. Anders gezegd: “Presumptions [...] are used when there is uncertainty as to the true facts; fictions are used where there is certainty as to the falsity of the proposition asserted by the fiction.”<sup>1116</sup> Volgens Witteveen ligt daarin het voornaamste verschil tussen juridische ficties en andere sociale ficties: “Bij juridische ficties erkennen de deelnemers aan de discussie openlijk dat ze met ficties te maken hebben. De juridische fictie heeft het karakter van een afspraak.”<sup>1117</sup> Met andere woorden, “in het recht is het hanteren van ficties een ‘willing suspension of disbelief’”.<sup>1118</sup> Von Jhering beschreef de fictie om die reden als een “technische Notlüge”.<sup>1119</sup>

Met name deze ‘leugenachtige’ aard heeft de fictie tot het object van veelvuldige kritiek gemaakt.<sup>1120</sup> Een van de bekendste critici van de juridische fictie was Jeremy Bentham. Tot zijn talloze boutades tegen de juridische fictie behoren onder meer de volgende twee uitspraken: “In English law, fiction is a syphilis, which runs in every vein, and carries into every part of the system the principle of rottenness.” En: “Fiction of use to justice? Exactly as swindling is to trade.” Toch moest ook Bentham toegeven dat “with respect to fictions, there was once a time, perhaps, when they had their use”.<sup>1121</sup>

Een van de beroemdste ficties, de nasciturus-fictie die in eerdere hoofdstukken voorbij is gekomen,<sup>1122</sup> vormt een goede illustratie van de manier waarop de fictie de feiten openlijk verdraait.<sup>1123</sup> In de Nederlandse positivering van deze fictie, artikel 1:2 BW,<sup>1124</sup> is er bij nadere lezing eigenlijk sprake van twee ficties,<sup>1125</sup> althans

1116 Pottage 2004, p. 13.

1117 W.J. Witteveen, *De retoriek in het recht. Over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 408.

1118 Witteveen 1988, p. 409.

1119 Aangehaald door Eikema Hommes (zie H.J. van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*, Deventer: Kluwer 1983, p. 445).

1120 Zo ook Olivier (zie Olivier 1975, p. 88-89). Voor een overzicht van de verschillende bezwaren tegen de juridische fictie in haar algemeenheid, zie Olivier p. 88-91.

1121 Citaten afkomstig van Fuller (Fuller 1967, p. 2-3).

1122 Zie met name 4.1.2.1.

1123 Eggens ontkent in zijn Amsterdamse oratie over de juridische fictie dat er hier sprake zou zijn van een fictie (zie J. Eggens, *Over het fingeren van rechtsficties* (oratie UvA), Haarlem: De Erven F. Bohn 1958, p. 14). Daarmee neemt hij echter een minderheidspositie in. Zijn lezing van deze fictie vloeit voort uit zijn algehele visie op de fictie, waarover meer hieronder.

1124 Art. 1:2 BW: “Het kind waarvan een vrouw zwanger is wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan.” De Grondwet bevat een variant op deze fictie, speciaal gericht op de troonopvolging: “Het kind waarvan een vrouw zwanger is op het ogenblik van het overlijden van de Koning, wordt voor de erfopvolging als reeds geboren aangemerkt. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan” (art. 26 Gw).

1125 Zie onder meer P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie en J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 22; en J.H.A. Lokin, *Prota. Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, Groningen: Chimaira 1993, p. 69.

een tweevoudig fictief element.<sup>1126</sup> Het recht vervroegt het tijdstip van de geboorte van het kind, wanneer de privaatrechtelijke belangen van het kind dat vereisen. Daar staat tegenover dat wanneer hetzelfde kind dood ter wereld komt, het alsnog wordt geacht nooit te hebben bestaan. Anders gezegd, tijdens de zwangerschap kan de geboorte, en daarmee het bestaan, van het kind onder bepaalde omstandigheden door het recht worden gefingeerd. Als het kind dood ter wereld komt wordt dat gefingeerde bestaan echter even goed weer ‘weggefindeerd’. Zoals in Asser-De Boer wordt betoogd, had de wetgever met een eenvoudigere bewoording kunnen volstaan waarin slechts één fictie werkzaam is. In het wetsontwerp van 1886 was de bepaling duidelijker geformuleerd: “Op burgerlijke rechten, die aan een verwekt kind, ware het reeds geboren, zouden toekomen, heeft het aanspraak voor het geval, dat het levend geboren wordt.”<sup>1127</sup>

Andere belangrijke wettelijke ficties zijn onder meer de *terugwerkende kracht* en *vertegenwoordiging*.<sup>1128</sup> De terugwerkende kracht is, in de woorden van Meijers, “de fictie, waarvan in het burgerlijk recht het veelvuldigst gebruik gemaakt wordt”.<sup>1129</sup> Zo leert de rechtsdogmatiek in het algemeen dat bij vernietiging de rechtshandeling zelf wordt geacht nooit te hebben plaatsgevonden (artikel 3:53 BW). Op die manier wordt net als bij de fictie van artikel 1:2 BW het vermogen van het recht om de tijd te fingeren zichtbaar.

Ook de vertegenwoordiging kan worden gezien als een fictie, namelijk, als “het tegenwoordigstellen van mij terwijl ik in werkelijkheid niet handel”, zoals het in deel II-1 van de Asser-reeks wordt verwoord.<sup>1130</sup> In deze fictie zijn het de plaats en de persoon van handelen die *de iure* afwijkend worden vastgesteld dan *de facto*.<sup>1131</sup>

Via de fictie en het vermoeden treedt de relatie van het recht tot de werkelijkheid in het volle licht. Opererend op de grens tussen het recht en de geleefde werkelijkheid, tussen de juridische voorstelling en de objecten van die juridische voorstelling, creëren de fictie en het vermoeden de mogelijkheid om die relatie te articuleren en ter discussie te stellen. Een bepaald natuurbegrip en mensbeeld zijn normaliter slechts stilzwijgend aanwezig in het recht als een “verborgen discours”, zoals Broekman dat formuleert ten aanzien van het mensbeeld van het

1126 Zie Asser/De Boer 2006, nr. 22.

1127 *Idem*.

1128 Eggens ontkent ook in deze gevallen dat er sprake is van een fictie (Eggens 1958, p. 18-19).

1129 E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948, p. 236.

1130 Zie Asser/Van der Grinten/Kortmann 2004 (II-1), nr. 3.

1131 Op de vraag of de rechtspersoon als een fictie moet worden opgevat, ga ik hier nog niet in. Zoals bekend heeft deze kwestie de juridische gemoederen lange tijd bezig gehouden. In de volgende paragraaf zal ik kort bij deze vraag stilstaan, zonder in al te veel details van dit dogmatische dispuut te willen treden.

recht.<sup>1132</sup> Doordat de fictie doelbewust tegen deze vooronderstellingen ingaat, en het vermoeden die vooronderstellingen openlijk nastreeft, wordt het mogelijk dat verborgen discours, op weliswaar indirecte wijze, op het spoor te komen. Het wordt dan mogelijk de vraag te stellen welke aspecten van de geleefde werkelijkheid normaliter door het recht worden voorondersteld. De fictie kan bovendien inzichtelijk maken hoe en in welke gevallen het recht afwijkt van die vooronderstellingen. Ook Thomas' studie naar de plaats van de fictie in het Romeinse recht moet in dat licht worden gezien. In zijn woorden, de fictie

“nous aide à nous interroger [...] sur le rapport qui unit fondamentalement droit et fiction, positivité juridique et construction; bref, sur la radicale déliaison de l'institutionnalité d'avec le monde des choses de la nature”.<sup>1133</sup>

Voor hem vormt de fictie de belichaming van de radicale scheiding (“la radicale déliaison”) die in zijn ogen bestaat tussen het recht als artefact en institutie enerzijds, en de natuur, de werkelijkheid of de waarheid anderzijds. Nader onderzoek naar de aard van de *fictio legis* biedt hem “une manière [...] de souligner l'écart au fait comme étant constitutif du droit”.<sup>1134</sup> Met andere woorden, in de fictie komt volgens Thomas de kunstmatige, tegennatuurlijke aard van het recht tot volle ontplooiing. Zoals hij stelt, is die scheiding tussen recht en feitelijke werkelijkheid zowel het resultaat als de essentie van de institutie van het recht, waarbij de fictie de radicaliteit van die scheiding in zekere zin blootlegt: “De cette séparation non de fait mais de droit entre le droit et le fait, l'institution tire son essence et la fiction son rôle révélateur de l'artificialité de l'institution.”<sup>1135</sup>

Thomas betoogt dan ook dat de fictie die aan de tweede lezing van de wrongful life claim ten grondslag ligt in deze context moet worden geplaatst. Zijn fascinerende bijdrage aan het boek *Du droit de ne pas naître* laat zich grotendeels begrijpen als een poging om de wrongful life-fictie in historisch perspectief te plaatsen. Deze fictie moet volgens hem niet als een *monstre juridique*<sup>1136</sup> worden beschouwd, maar als deel van een traditie die haar wortels in het Romeinse recht heeft.<sup>1137</sup>

Toch kan men, ook als men in Thomas' redenering meegaat, zich afvragen of er geen *juridische* grenzen aan het gebruik van de fictie bestaan. Bij bestudering van de fictie lijkt het weliswaar “alsof we een terrein betreden, waar onbeperkte vrijheid heerst. We dreigen, wanneer we ons gaan verdiepen in de juridische

1132 “[...] het menszijn van het recht is in een verborgen discours besloten” (J.M. Broekman, *Mens en mensbeeld van ons recht. Deel I: antropologie*, Leuven: Acco 1983, p. 38).

1133 Thomas 1995, p. 20.

1134 Thomas 1995, p. 20.

1135 Thomas 1995, p. 35.

1136 Thomas 2002, p. 101.

1137 Thomas 2002, p. 169.



fictie, alle grond onder de voeten te verliezen”.<sup>1138</sup> Maar is het zo dat binnen het rechtssysteem iedere vorm en ieder gebruik van de fictie toelaatbaar zijn? Kan het gebruik van een fictie door de wetgever op één lijn worden gesteld met het gebruik van ficties door de rechterlijke macht, zoals in de *wrongful life* jurisprudentie geschiedde? En is deze nieuwe rechterlijke fictie überhaupt in alle opzichten vergelijkbaar met de bestaande wettelijke ficties? Om deze vragen te beantwoorden moet eerst worden bezien voor welk doel de technische fictie normaliter in het recht wordt ingezet.

Iedere juridische bepaling die een fictie omvat kan zonder verlies van inhoud ook zonder een beroep op die fictie worden geformuleerd. Zo kan men de inhoud van de *infans conceptus*-formule als volgt ‘fictieloos’ verwoorden: wanneer de belangen van het ongeboren kind dat vorderen, heeft hij reeds voor de geboorte de rechten die hem als persoon zullen toekomen na zijn geboorte, op voorwaarde dat hij levend ter wereld komt.

Wat dat betreft is het onderscheid tussen regels met en regels zonder fictie geen principieel onderscheid, maar eerder een kwestie van de “redactie van de regel” en dus “wetgevingstechniek”, in de woorden Lokin.<sup>1139</sup> Scholten stelt dat de fictie in dergelijke gevallen “het hulpmiddel van de spaarzaamheid met regels en begrippen [is] en als zodanig is tegen het gebruik daarvan niets in te brengen”.<sup>1140</sup>

Volgens Meijers is een ander meerwaarde van het gebruik van de fictie dat zij meer beeldende kracht bezit dan een droge opsomming van de rechtsgevolgen:

“Het is volkomen waar, dat men iedere fictie vermijden kan, door b.v. vast te stellen, dat in een geval *b*, hetwelk niet onder een rubriek *a* te begrijpen is, dezelfde rechtsgevolgen als in het geval *a* intreden. Maar hiermede is het gebruik van ficties niet veroordeeld. Men kan toch niet poëzie overbodig achten omdat zonder dwang van rijm en maat gedachten nauwkeuriger geformuleerd kunnen worden. In ficties zit een beeldende kracht, die beter tot het geheugen spreekt dan een dorre opsomming ener strenge systematiek. Het beste bewijs voor het nut van ficties is, dat geen enkel rechtssstelsel het ooit daarbuiten heeft kunnen stellen.”<sup>1141</sup>

Met andere woorden, de functie van de fictie is volgens deze redeneringen gelegen in overwegingen van redactionele en esthetische aard.

Een andere bestaansreden van de fictie is de facilitering van rechtsontwikkeling. Von Jherings beschouwingen in deel III van zijn *Geist des römischen Rechts* over de functie van de fictie worden op dat punt nog altijd aangehaald:

1138 A. Soeteman, “Ficties in het recht? Of de badman die badvrouw is”, AA 1970, p. 43-44.

1139 Lokin 1993, p. 68. Zo ook Meijers 1948, p. 236.

1140 Asser/Scholten 1974, p. 52.

1141 Meijers 1948, p. 31.

“Der Zweck der Fiction besteht in der Erleichterung der Schwierigkeiten, die mit der Aufnahme und Verarbeitung neuer, mehr oder weniger einschneidender Rechtssätze verbunden sind, in der Ermöglichung, die traditionelle Lehre formell ganz in ihrer alten Gestalt zu belassen, ohne doch dem Neuen praktisch seine volle Wirksamkeit dadurch irgendwie zu verkümmern.”<sup>1142</sup>

Von Jhering wijst er in dit citaat op dat de fictie een economische manier biedt om veranderingen in het recht door te voeren. Het toepassingsgebied van bepaalde rechtscategorieën kan op die manier worden uitgebreid, zonder de categorieën en het bestaande juridische kader zelf drastisch te hoeven wijzigen. Het rechtssysteem kan zo relatief ongemerkt en soepel evolueren.<sup>1143</sup> Volgens een vergelijkbare klassieke definitie, afkomstig van Maine, is de juridische fictie daarom te beschouwen als “any assumption which conceals, or affects to conceal, the fact that a rule of law has undergone alteration, its letter remaining unchanged, its operation being modified”.<sup>1144</sup> Fuller noemt dit type fictie dat in het teken staat van rechtsontwikkeling een *historische fictie*.<sup>1145</sup>

Thomas bestrijdt een dergelijke visie op de fictie. Zijn kritiek op Von Jherings visie laat zich raden:

“Cette vue est certainement pleine d'intérêt, mais il ne me semble pas qu'elle épuise en rien le sens du phénomène [...] Pour dire bref, on se soucie trop peu de l'artifice de 'comme si' pris comme tel, et l'on néglige de s'interroger sur le type de rapport qu'il suppose entre construction juridique et réalité naturelle.”<sup>1146</sup>

Met andere woorden, de benadering van Von Jhering doet volgens hem te weinig recht aan het wezenlijk kunstmatige karakter van het recht. De fictie is niet slechts een technisch hulpmiddel, of een tijdelijk noodverband. Het behoort daarentegen tot de essentie van het recht om zich te onttrekken aan ‘de waarheid’ of ‘de natuur’, zo stelt Thomas.

In Nederland lijkt opvallend genoeg Eggens een soortgelijke opvatting over de fictie te onderschrijven, getuige zijn Amsterdamse oratie uit 1958, *Over het fingeren van rechtsficties*. Eggens betoogt in deze rede dat het bestaan van juridische ficties uiteindelijk zelf op een fictie berust.<sup>1147</sup> In de gevallen waarin de wetgever een fictie hanteert “worden [...] niet feiten gefingeerd, maar rechtswaarden gefixeerd, en wanneer in gevallen als deze van fictie wordt gesproken, dan houdt dit een onwerkelijke voorstelling in en mag deze voorstelling het fingeren van

1142 Aangehaald door Eikema Hommes 1983, p. 445.

1143 Zie onder meer Eikema Hommes 1983, p. 445; en Thomas 1995, p. 19.

1144 Zie hoofdstuk 2, getiteld “Legal fictions”, van zijn klassieke werk *Ancient Law* (1861).

1145 Fuller 1967, p. 56.

1146 Thomas 1995, p. 19.

1147 Eggens 1958, p. 19.

ficties genoemd worden”.<sup>1148</sup> Met andere woorden, aangezien men in het recht geen uitspraken pretendeert te doen over de feitelijke werkelijkheid, maar slechts over de juridische werkelijkheid, is het volgens Eggens onjuist om te spreken van juridische ficties. Het woord *fictie* suggereert ten onrechte dat het recht hier een onwerkelijke voorstelling van zaken zou geven, zo betoogt hij. Het recht koestert volgens hem daarentegen überhaupt geen enkele ambitie om een feitelijke voorstelling van de werkelijkheid te geven. Met andere woorden, op dit punt lijkt Eggens zich in de artificialistische traditie te plaatsen,<sup>1149</sup> zijn elders verkondigde hegeliaanse opvattingen over het juridisch persoonsbegrip ten spijt.<sup>1150</sup>

Bovenstaande visies op de functie van de fictie namen vooral het perspectief van de wetgever als uitgangspunt. De fictie werd daarbij gezien als een vorm van *wetgevingstechniek*. Deze wettelijke ficties worden ook wel tot de groep van *praktische* of *rechtstechnische* ficties<sup>1151</sup> gerekend. Volgens de meeste auteurs is dit type fictie volkomen acceptabel.

Anders is dat wanneer de fictie in de rechtswetenschap wordt gehanteerd. De fictie kan dan uitmonden in wetenschappelijke “onwaarachtigheid”,<sup>1152</sup> zo betogen verschillende auteurs. In het *Algemeen Deel* wijdt Scholten enige kritische beschouwingen aan het rechtswetenschappelijk gebruik van de fictie. Deze *wetenschappelijke*, *theoretische* of *dogmatische* ficties, zoals zij afwisselend worden genoemd,<sup>1153</sup> zijn volgens Scholten “steeds ongeoorloofd.”<sup>1154</sup> Volgens Eikema Hommes dienen zij zelfs “uit de rechtswetenschap te worden geëlimineerd.”<sup>1155</sup> Wanneer een fictie in wetenschappelijke context wordt gehanteerd, is de fictie niet langer als een technisch hulpmiddel te beschouwen. Gebruik van de fictie komt dan eigenlijk neer op een misleidende voorstelling van de werkelijkheid, zo stellen veel auteurs, en is in feite uiterst onwetenschappelijk. Soeteman beschrijft theoretische ficties om die reden als ficties *over* het recht, terwijl praktische ficties als ficties *in* het recht kunnen worden opgevat.<sup>1156</sup> Dergelijke wetenschappelijke

1148 Eggens 1958, p. 8.

1149 Zo ook Eikema Hommes (Eikema Hommes 1983, p. 447 sub noot 1). Voor een kritiek op het rechts- en werkelijkheidsbegrip dat Eggens in deze oratie hanteert, zie J.F. Glastra van Loon, “Over de werkelijkheid van het recht en het ‘bestaan’ van rechtsficties”, *WPNR* 4584 (1958), p. 231-234. Hoewel Glastra van Loon Eggens’ kritiek deelt op “de misvatting dat het recht ‘in werkelijkheid’ een complex van waarneembare gebeurtenissen zou zijn en ‘overigens’ slechts iets geconstrueerd of gefingeerd zou zijn” (p. 233), is hij van mening dat Eggens te ver gaat in de rigoureuze scheiding die hij aanbrengt tussen recht en waarneembare werkelijkheid.

1150 Zie Eggens’ boeiende artikel “Een man een man, een woord een woord” uit 1949, waarover in 8.9.4 meer.

1151 Soeteman 1970, p. 45; Olivier 1975, p. 87; Eikema Hommes 1983, p. 444. Eggens ontkent het bestaan van de technische fictie daarentegen (Eggens 1958, p. 16).

1152 Asser/Scholten 1974, p. 53.

1153 Soeteman 1970, p. 45; Olivier 1975, p. 156 e.v.; Eikema Hommes 1983, p. 444.

1154 Asser/Scholten 1974, p. 52.

1155 Eikema Hommes 1983, p. 444-445.

1156 Soeteman 1970, p. 45.

ficties over het geldende recht zijn volgens hem daarom altijd ongeoorloofd, en zijn “in strijd met het voor de wetenschap fundamentele waarheidsbeginsel”.<sup>1157</sup>

Over het gebruik van de *rechterlijke fictie*<sup>1158</sup> ofwel de *jurisprudentialfictie*<sup>1159</sup> bestaat meer onduidelijkheid. Ten eerste bestaat er een meningsverschil over hoe zij moet worden geclassificeerd. Soeteman en Olivier rekenen haar tot de categorie van praktische ficties. Scholten daarentegen lijkt de rechterlijke fictie en de wetenschappelijke fictie samen te trekken tot één categorie, hetgeen zijn positie er niet duidelijker op maakt. Dat blijkt ook uit zijn ambivalente oordeel over de toelaatbaarheid van de rechterlijke fictie. Scholten beaamt dat het gebruik van de fictie door de rechter of de wetenschap de rechtsontwikkeling ten goede kan komen. Toch roept hij op tot een bijzonder spaarzaam gebruik.<sup>1160</sup> De rechterlijke of wetenschappelijke fictie mag volgens Scholten in geen geval *bewust* worden gebruikt:

“[...] bewust kan zulk een fictie niet worden gebruikt. Zij draagt een karakter van onwaarachtigheid, zij overtuigt niet meer, zodra zij is herkend. Als overgang nuttig, zolang zij niet is begrepen, moet zij worden verworpen, zodra zij als zodanig is gesignaleerd.”<sup>1161</sup>

Wanneer deze maatstaf wordt toegepast op de fictie die door de Cour de Cassation in de *Perruche*-jurisprudentie is gebruikt, wordt de vraag of deze fictie al dan niet ‘bewust’ door het rechtscollege is ingezet. Op die vraag kan geen definitief antwoord worden gegeven, gezien de beknopte overwegingen waar het arrest uit bestaat. De talloze debatten die op het arrest volgden in rechtswetenschappelijke kring waren immers mede het gevolg van het gebrek aan motivering in de uitspraak.

Hartkamp maakte in zijn conclusie bij *Baby Kelly* eveneens van deze nieuwe fictie gebruik. Ook in zijn geval is er niet met zekerheid een antwoord te geven op de vraag of er, volgens Scholtens maatstaf, sprake is van oneigenlijk gebruik van de fictie. Hoogstwaarschijnlijk heeft Hartkamp niet bewust van de fictie gebruik gemaakt. In het vorige hoofdstuk kwam reeds naar voren dat hij in zijn uitgebreide conclusie op geen enkele manier refereert aan de fictie, al hoewel zijn lezing van de zaak niet anders kan worden uitgelegd dan berustend op de fictie die ook de Cour de Cassation hanteerde. Sieburgh is de enige rechtsgeleerde in Nederland geweest die de fictie van deze constructie als zodanig benoemde.

1157 Soeteman 1970, p. 46.

1158 Olivier spreekt van *judicial fictions* (Olivier 1975, p. 115 e.v.).

1159 Soeteman 1970, p. 47.

1160 Ook Soeteman wijst erop dat deze ambivalentie met name het gevolg is van het feit dat Scholten geen onderscheid maakt tussen rechterlijke en wetenschappelijke ficties (Soeteman 1970, p. 47). Evenmin is duidelijk tot welke categorie Eikema Hommes de rechterlijke fictie rekent. Meijers en Eggen maken zelfs in het geheel geen gebruik van het onderscheid tussen praktische en theoretische ficties.

1161 Asser/Scholten 1974, p. 53.

Kortom, we kunnen in ieder geval concluderen dat Scholtens benadering van de rechterlijke fictie niet erg praktisch is, althans weinig houvast in deze biedt.

Als we daarentegen Meijers' *Algemene begrippen van het burgerlijk recht* op het gebruik van de fictie naslaan, wordt het wel mogelijk kritiek te formuleren op de constructie van de Cour de Cassation en P-G Hartkamp. Meijers is aanzienlijk uitgesprokener dan Scholten, en verzet zich tegen ieder gebruik van de fictie door de rechter, en zelfs de wetgever, wanneer de fictie resulteert in de creatie van nieuw recht:

“Een rechtsfictie is slechts een systematisch hulpmiddel tot weergave van het bestaande recht, zij is noch voor de wetgever, noch voor de rechter een rechtvaardiging om nieuw recht te scheppen.”<sup>1162</sup>

Met andere woorden, de fictie is volgens hem in *geen* geval een geëigend middel tot de creatie van nieuw recht. De fictie dat een kind met aangeboren handicaps zonder handicaps geboren had kunnen worden, is volgens Meijers' standaard hoe dan ook ongeoorloofd.

Soetemans positie is genuanceerder. Hij acht de praktische fictie, waartoe hij zoals gezegd ook de rechterlijke fictie rekent, geoorloofd wanneer zij rechtstechnische vereenvoudiging of besparing dient. Wanneer deze rechtsgrond echter ontbreekt “zijn ficties in het recht verwerpelijk”, zo luidt Soetemans eindoordeel, en dreigen zij tot “verwarde en onjuiste rechtsvorming te leiden.”<sup>1163</sup> Het is waarschijnlijk dat de rechterlijke wrongful life fictie deze toets niet kan doorstaan. Doordat de wrongful life fictie noch door de Cour de Cassation, noch door Hartkamp als zodanig wordt benoemd, werpt het gebruik van de fictie eerder een rookgordijn op ten aanzien van de gevolgde redenering, dan dat zij verhelderend of vereenvoudigend werkt. Een soortgelijke benadering van de rechterlijke fictie volgt Olivier in zijn Leidse proefschrift over de theorie en praktijk van juridische ficties. Hij is met name kritisch over de creatie van *nieuwe* ficties door de rechter:

“I cannot approve of the use of fictions in this type of cases. [...] Every time a judge creates a new fiction, he in fact creates new law. In my opinion, it has become completely futile to endeavor to conceal judicial creativity behind the façade of fictions, because the doctrine of judicial non-creativity has become a notorious fiction itself. In my opinion legal science demands, in this category of cases, that the pretence of judicial non-creativity be abandoned and the truth acknowledged: that old principles become obsolete, and that the primordial judicial duty of giving fair and just decisions authorises the judge to change and modify such rules and principles.”<sup>1164</sup>

---

1162 Meijers 1948, p. 226.

1163 Soeteman 1970, p. 53.

1164 Olivier 1975, p. 147.

De wrongful life-fictie lijkt het voorbeeld bij uitstek van dergelijke verhulde rechtsvorming via de creatie van een nieuwe fictie. Dat betekent dat het in dit geval volgens Olivier te prefereren zou zijn geweest wanneer de rechter openlijk de heersende leer had weerlegd en de nieuwe gevormde juridische principes expliciet had benoemd.

Hoewel uit bovenstaand overzicht geen eenduidige zienswijze van de doctrine over de fictie kan worden afgeleid, is duidelijk dat volgens de meeste auteurs voorzichtigheid is geboden bij het gebruik van ficties in het recht, met name wanneer de fictie door de rechter of wetenschapper wordt gehanteerd. Op basis van de bestaande rechtsdogmatiek kan geen definitief oordeel over de geoorloofdheid van de wrongful life-fictie kan worden geveld. Wel kan er een eerste mogelijk bezwaar tegen het gebruik van de fictie in een omstreden kwestie als wrongful life worden geformuleerd.

Men hoeft het niet eens te zijn met Meijers' visie op de fictie om vast te kunnen stellen dat de wrongful life-fictie het resultaat is van rechterlijk activisme. Zoals wel vaker op het terrein van de bio-ethiek (denk bijvoorbeeld aan de euthanasie-rechtspraak die aan de *Wet Toetsing Levensbeëindiging* voorafging) is het bij gebreke van concrete regelgeving de rechter die wordt gedwongen een juridische koers te bepalen op een ethisch beladen terrein als wrongful life is. Een bepaalde mate van rechterlijk activisme is dan onvermijdelijk.

Daarbij moet echter worden opgemerkt dat in dergelijke, nog niet door de wet gereguleerde gevallen hogere eisen aan de rechterlijke motivering mogen worden gesteld. De belangen die op het spel staan en tegen elkaar moeten worden afgewogen, dienen bij gebreke aan democratische legitimatie zoveel mogelijk te worden geëxpliciteerd. De wetgever is de rechter immers nog niet voorgegaan met een uitgebreide belangenafweging. Om die reden is het gebruik door de rechter van de fictie, zonder nadere toelichting, in gevallen waarin de wet geen oplossing biedt, niet wenselijk. De belangenafweging vindt bij toepassing van een fictie impliciet plaats, zodat het activisme in kwestie op verdeckte wijze wordt uitgeoefend. Dat komt de motivering niet ten goede. Dit is des te meer het geval wanneer de fictie als zodanig niet wordt benoemd, zoals in de arresten van de Cour de Cassation en de conclusie van Hartkamp.

Een fundamenteeler bezwaar dient zich aan wanneer men de wrongful life-fictie vergelijkt met de boven beschreven, traditionele ficties. De fictie in kwestie betreft een recente en nieuwe ontwikkeling. Wordt er met de constructie van de Cour de Cassation en Hartkamp niet fundamenteel nieuw terrein betreden? Of kunnen we volstaan met Sieburghs stelling dat "wat de natuur niet kan, de jurist bij uitstek [kan]: gegevens die in de tastbare werkelijkheid samengaan, onderscheiden en van elkaar losdenken"?<sup>1165</sup> Om die vragen te beantwoorden dienen

1165 C.H. Sieburgh (2004b), "Schadevergoeding én leven. Who is afraid of red, yellow and blue?", *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2004, p. 1573-1574; en C.H. Sieburgh, "Schadevergoeding én leven.

de implicaties van de *wrongful life*-fictie en van de traditionele ficties nader bestudeerd en met elkaar vergeleken te worden. In welke mate vormen de traditionele, juridische ficties een ontkenning van de feitelijke gang van zaken, en in welke mate vormt de nieuwe fictie dat?

Hiervoor is beschreven hoe ficties als de vertegenwoordiging, de terugwerkende kracht en de nasciturus-regel met de wetten van tijd en plaats spelen. Desondanks staan deze ficties niet zo ver van de werkelijkheid af, dat zij absoluut ondenkbare situaties representeren. In het geval van vertegenwoordiging had de handeling ook daadwerkelijk door de vertegenwoordigde kunnen worden verricht. De handeling die met terugwerkende kracht wordt vernietigd, had ook niet plaats kunnen hebben. De nasciturus-fictie is op dit punt iets lastiger om te analyseren. Omdat de geboorte een biologische grens betreft, is het tijdstip dat hier wordt gefingeerd, namelijk dat van de geboorte, minder willekeurig dan het tijdstip van een rechtshandeling. Daardoor is deze fictie wellicht enigszins verder van de werkelijkheid verwijderd dan de vertegenwoordiging en de terugwerkende kracht. Desondanks betreft de nasciturus-fictie slechts het *tijdsaspect* van de geboorte, en niet de omstandigheden waaronder, of de hoedanigheid waarin het kind wordt geboren. Eikema Hommes verwoordt het als volgt:

“Wanneer de wetgever een juridische fictie hanteert als de *nasciturus*-regel, dan is hier geen sprake van strijd met de natuurwerkelijkheid, i.c. met het organisch levensaspect van de ongeboren vrucht. [...] Deze rechtstechnische wijze van voorstellen en formuleren, die we fictie noemen, toont niet, dat de rechtswerkelijkheid (d.i. de werkelijkheid naar haar juridisch aspect) in strijd zou zijn met de natuurwerkelijkheid (de werkelijkheid naar haar niet-normatieve aspecten), óf daarvan zó geheel onafhankelijk zou zijn, dat van strijd geen sprake is. Naar haar inhoud is de *nasciturus*-fictie geheel in overeenstemming met biotische standen van zaken en zij veronderstelt deze. Zij berust op de verwachting dat de ongeboren vrucht levend ter wereld zal komen conform de biotische wetmatigheden en houdt reeds voordat zulks het geval is, rekening met rechtsbelangen van de toekomstig geborenene. Slechts in de wijze waarop haar regeling geformuleerd is, d.i. *louter naar haar rechtstechnische kant*, is zij met biotische standen van zaken in strijd.”<sup>1166</sup>

Vergelijken we op dat punt de *wrongful life*-fictie, dan springt een cruciaal verschil in het oog. Deze fictie betreft niet het tijdstip of de plaats van de geboorte of conceptie, maar is gericht op de *lichamelijke conditie* waarin het kind zich vanaf de conceptie bevond. De lichamelijke staat waarin het kind zich vanaf het begin van zijn biologisch bestaan heeft bevonden, wordt met behulp van deze fictie door het recht geheel weggedacht. De fictie vormt dientengevolge geen ontkenning

Compositie met rood, geel en blauw”, WPNR 2005, nr. 6637, p. 758.

1166 Eikema Hommes 1983, p. 447.

van de wetten van tijd en plaats, zoals in het geval van traditionele ficties, maar van de wetten van de *medisch-biologische causaliteit*. Zij berust op een medisch-biologische onmogelijkheid.

De implicaties van deze fictie reiken daarmee aanzienlijk verder dan in het geval van traditionele ficties: ten eerste werkt de fictie door in de verhouding van de juridische persoon tot zijn eigen lichaam; en ten tweede gebeurt dat op zo'n manier dat de persoon volledig los van zijn lichaam wordt gedacht. Met Thomas kan men daarom vaststellen dat in de *Perruche*-jurisprudentie (en dus ook in de conclusie van Hartkamp bij *Baby Kelly*) niet zozeer sprake is van een nieuw recht, namelijk het vermeende recht om niet geboren te worden, maar veeleer van *een nieuw rechtssubject*.<sup>1167</sup> De manier waarop het Nicolas Perruche en andere kinderen mogelijk wordt gemaakt in rechte hun aangeboren handicaps aan te vechten, brengt het artificiële gehalte van het technisch-juridisch persoonsbegrip, zoals dat in hoofdstuk 2 is beschreven, tot een voorlopig hoogtepunt. Een nadere blik op het persoonsbegrip dat in de *wrongful life*-fictie figureert, kan dat duidelijk maken.

De nasciturus-fictie dient van oudsher de behartiging van de vermogensrechtelijke belangen van het ongeboren kind, zoals die vroeger door de zogeheten *curator ventris* werden waargenomen. In de constructie van de Cour de Cassation en Hartkamp wordt de retroactieve werking van de nasciturus-fictie echter op zo'n manier gecombineerd met de fictie dat het kind gezond geboren had kunnen worden, dat het resultaat *een rechtssubject is dat aan zijn eigen lichamelijke constitutie voorafgaat*. De combinatie van beide ficties staat dan niet in dienst van de bescherming van het vermogen van het kind, zoals wanneer de ongeboren vrucht erft, maar van het *belang om in een gezond lichaam te worden geboren*.<sup>1168</sup> In de woorden van Hartkamp: het "vanzelfsprekende" belang "om niet met ernstige handicaps door het leven te hoeven gaan".<sup>1169</sup> Degene die een dergelijk recht uitoefent, distantieert zich als juridische persoon van zijn gehandicapte lichaam, en vordert, alsof hij als persoon in een ander lichaam geboren had kunnen worden, schadevergoeding voor zijn aangeboren handicaps. De fictie leidt op deze manier naar een rigoureuze subjectivering van het persoonsbegrip.

Het is opvallend dat Thomas zich onthoudt van enige kritiek op deze constructie. Hoewel hij in zijn rake analyse van de *Perruche*-uitspraak een duidelijk onderscheid maakt tussen de traditionele en de nieuwe elementen van de zaak, en daarmee onderkent dat er voor een belangrijk deel sprake is van een revolutionaire juridische constructie, ziet hij ervan af de toelaatbaarheid van de constructie ter discussie te stellen. Sterker nog, volgens hem is het niet aan juristen om de technische middelen die het recht biedt kritisch te evalueren. De jurist dient

1167 Thomas 2002, p. 147 en p. 169.

1168 Zie met name Thomas 2002, p. 147 en p. 166-167.

1169 Conclusie bij *Baby Kelly*, sub 46.



slechts mogelijke middelen aan te reiken. Hoewel ook volgens Thomas de gevolgen van deze juridische constructie op maatschappelijk en symbolisch niveau potentieel verstrekkend zijn, ontkent hij dat in het verkennen van de mogelijke consequenties van deze uitspraak een taak voor de jurist zou zijn weggelegd:

“Il faut certes apprécier d’abord les limites, notamment morales, dans lesquelles notre société peut tolérer qu’un raisonnement juridique impeccablement conduit jusqu’à son terme produise ses conséquences, pratiques et symboliques. Mais cette prudence-là n’est heureusement pas propre au droit. Il s’agit d’une commune prudence, d’une prudence politique. Sur ce terrain, les juristes n’ont à se prévaloir d’une aucune spécialité ni d’aucun privilège.”<sup>1170</sup>

Met andere woorden, aangezien artificiële oplossingen als de fictie tot het juridisch instrumentarium behoren, is hij van mening dat het niet aan de jurist is om er zich kritisch over uit te laten, ook niet over de relatief vergaande fictie dat een kind met aangeboren handicaps zonder handicaps geboren had kunnen worden. Een dergelijk pleidooi is eerder politiek of ideologisch van aard dan juridisch, zo stelt hij.

In zijn poging de rechtswetenschap puur en vrij van politieke invloed te houden, kan Thomas als een hedendaagse representant van Kelsens *reine Rechtslehre* worden beschouwd. Een dergelijke kelseniaanse boodschap stond eveneens centraal in het artikel<sup>1171</sup> in *Le Monde* dat hij schreef met Cayla en De Béchillon als reactie op het manifest van Labrusse-Riou en Mathieu. De strekking van hun artikel was niet, zoals we in het vorige hoofdstuk<sup>1172</sup> zagen, dat de *Perruche*-uitspraak van de Cour de Cassation een juiste en rechtvaardige uitspraak was. Daar waren de drie auteurs het naar eigen zeggen onderling ook niet over eens. Hun centrale stelling luidde daarentegen dat het grootste deel van de kritiek die Franse rechtswetenschappers hebben geuit op de *wrongful life claim*, met name de kritiek afkomstig uit eerder genoemd manifest, als a-juridisch en niet rechtswetenschappelijk kan worden afgedaan.

Op het eerste gezicht lijkt deze kritiek terecht. De jurist is inderdaad geen antropoloog, politicus, psycholoog of ethicus. Wanneer er een beroep wordt gedaan op zijn juridische expertise, dan dient de jurist zich tot een juridisch oordeel te beperken. De fictie vormt sinds lang een juridisch-technisch middel, en in die zin is het niet aan de jurist om een oordeel te vellen over de ethische of rechtspolitieke inhoud van de fictie in kwestie. Toch kan de *wrongful life*-fictie ook als strijdig met een bepaalde *juridische* traditie worden beschouwd. Zoals in hoofdstuk 2 naar voren kwam, is het huidig persoonsbegrip een melange van

---

1170 Thomas 2002, p. 105.

1171 D. de Béchillon, O. Cayla en Y. Thomas, “L’arrêt Perruche, le droit et la part de l’arbitraire”, *Le Monde*, 21 december 2000.

1172 Zie met name 5.2.2.4.

artificialistische of nominalistische tendensen enerzijds, en naturalistische of ontologische tendensen anderzijds. De precieze verhouding tussen beide componenten ligt niet op voorhand vast, en vormt dan ook de hoofdoorzaak van de huidige discussies over de juridische status van het lichaam en het embryo. Minder betwist aan de verhouding tussen beide componenten is het feit dat de naturalistische en ontologische aspecten van het persoonsbegrip beperkingen opleggen aan de artificiële zijde van de persoon. De juridisch-technische verbeeldingskracht wordt in het geldende recht tot zekere hoogte aan banden gelegd door verwijzing naar biologische wetmatigheden of naar het mensbeeld van de menselijke waardigheid. Zo vallen begin en einde van de juridische persoon in beginsel samen met de biologische grenzen van de geboorte en de dood, en wordt iedere persoon gekenmerkt door menselijke waardigheid, zodat een ieder wordt erkend als rechtssubject. Tegelijkertijd bestaan er op de biologisch-juridische grenzen echter weer uitzonderingen in de vorm van artificialistische regels als de *nasciturus*-fictie, en wordt de juridische reikwijdte van de menselijke waardigheid mede betwist op grond van juridisch-artificialistische overwegingen.

Ook in Thomas' geschiedenis van het persoonsbegrip komen deze naturalistische en ontologische beperkingen op het juridisch artificialisme aan bod. Waar hij het juridisch artificialisme als een erfenis van het Romeinse recht bestempelt, zoekt hij de naturalistisch-ontologische wortels<sup>1173</sup> van het huidige persoonsbegrip in het canonieke recht. De juridische persoon is vanuit dat laatste perspectief niet slechts een technisch artefact, maar correspondeert met de mens uit de geleefde werkelijkheid, of dat nu in ontologisch of biologisch opzicht is. Desondanks betreft Thomas deze tweede traditie, die in het huidige recht met name via de mensenrechtenverdragen en via het biorecht werkzaam is, op geen enkele manier bij zijn beschrijving van het werkteerrein van de jurist. Voor hem behoort het recht als wezenlijk tegennatuurlijk fenomeen tot "*l'empire illimité des institutions*."<sup>1174</sup> Dat betekent dat de biologische en ontologische elementen die in het positieve recht zijn terug te zien, niet goed in zijn karakterisering van het recht als een "*technique de dénaturaion*" passen.<sup>1175</sup>

Ook de discussie over de *wrongful life*-fictie vindt plaats in dit spanningsveld tussen beide zijden van het persoonsbegrip: hoewel in overeenstemming met de constructivistische benadering van het recht, is de fictie onmiskenbaar in strijd met de naturalistische en ontologische stroming in het recht. In de eerste plaats vormt deze fictie een ontkenning van hetgeen medisch-biologisch gezien mogelijk is, en is op die manier slechts binnen een strikt juridische logica te begrijpen.

1173 Ik gebruik deze term in navolging van Deroussin, die het onderscheid tussen de tendensen van artificialisme en naturalisme in het recht omschrijft als een onderscheid tussen een *courant institutionnaliste* (D. Deroussin, "Personnes, choses, corps" in: Emanuel Dockès et Gilles Lhuillier (red.), *Le corps et ses représentations*, Collection 'Théories et droit', Dijon: Litec 2001, p. 80) en een *tradition naturaliste-ontologique* (Deroussin 2001, p. 107).

1174 Thomas 1998a, p. 107.

1175 Thomas 1998a, p. 106.

En in de tweede plaats is zij in strijd met de gedachte van de eenheid van geest en lichaam die aan de klassieke lezing van het juridische beginsel van menselijke waardigheid ten grondslag ligt.<sup>1176</sup>

Een maatschappelijke discussie over de vraag welke visie op de *wrongful life-fictie*, een naturalistisch-ontologische of artificialistische, de doorslag verdient, is, gezien de belangen die er op het spel staan, gewenst. Deze discussie zal echter mede, of zelfs vooral, door rechtsgeleerden moeten worden gevoerd. De jurist kan zich daarbij niet achter een positivistische stellingname verschuilen, zoals Thomas doet. Ook vanuit positiefrechtelijk oogpunt moet immers worden geconstateerd dat het biorecht en het natuurrecht deel van het geldende recht uitmaken. De opkomst van het biorecht is, gezien de regelgeving die op het terrein van de medische biotechnologie tot stand wordt en is gebracht, niet te ontkennen. Evenmin kan worden ontkend dat het natuurrecht een stevige verankering in het huidige recht heeft,<sup>1177</sup> en bovendien al sinds lange tijd: met name in de nationale en internationale grondrechtencatalogi, maar ook via rechtsbeginselen als zelfbeschikking en menselijke waardigheid. Of dit recht nu werkelijk van een transcendente orde is, of daarentegen menselijke constructen zijn, doet er voor de gelding van deze beginselen en begrippen in het positieve recht niet toe.

De mogelijke bezwaren tegen de juridische fictie kunnen eveneens worden begrepen tegen de achtergrond van de naturalistisch-ontologische traditie. Zo lijkt Scholtens pleidooi voor een gematigd gebruik van de fictie uiteindelijk vooral gericht te zijn tegen het gevaar van een al te grote verwijdering tussen recht en geleefde werkelijkheid. In het Asser-deel over de rechtspersoon verwoordt hij de grenzen aan het gebruik van de fictie als volgt: “De fictie als hulpmiddel verdragen wij alleen, als ze niet te grotesk is, ze onze voorstellingen niet te zeer geweld aandoet.”<sup>1178</sup> Al hoewel deze formulering enigszins mysterieus is (want wanneer is het gebruik van de fictie grotesk, en wanneer doet zij onze voorstellingen geweld aan?), is duidelijk dat volgens Scholten de fictie niet al te zeer mag afwijken van onze gangbare beleving en voorstelling van de werkelijkheid. Het is daarom zeer waarschijnlijk dat hij de *wrongful life-fictie* eveneens als “te grotesk” zou afdoen.

Daarmee zou hij zich aan de kant scharen van Labrusse-Riou, die met haar manifest forse kritiek op de *Perruche*-jurisprudentie formuleerde. Niet geheel toevallig staat zij soortgelijke beperkingen op het gebruik van de fictie voor als Scholten, zoals uit haar artikel *L'humain en droit: réalité, fiction, utopie?* blijkt:

1176 Zie hierover met name 3.2.2.

1177 Zoals Bioy zijn eigen stellingname in zijn proefschrift samenvat: “Je suis un constructiviste, qui constate que le droit positif utilise expressément le droit naturel” (Bioy 2003, p. XIV).

1178 Asser/Van der Grinten/Maeijer 1997 (2-II), nr. 20.

“Si l’on peut aller assez loin dans l’artifice des fictions dont le propre est de tenir délibérément pour vrai juridiquement ce que l’on sait faux matériellement [...] arrive un moment où la fiction bute sur l’impossible déformation ou négation du réel. A trop les abstraire de la réalité, les fictions peuvent devenir folles et perdre au droit sa raison.”<sup>1179</sup>

Een te grote mate van abstractie van de feiten zoals die zich in de tastbare werkelijkheid voordoen, resulteert in een ontkenning van de realiteit, en zelfs juridische gekte, zo stelt Labrusse-Riou.

Daarnaast is het juist bij de regulering van bioethische kwesties, zoals kunstmatige voortplanting, euthanasie maar ook wrongful life, dat er een beroep wordt gedaan op de beginselen van menselijke waardigheid en zelfbeschikking. In hoofdstuk 3 is naar voren gekomen hoe het juridische beginsel van de menselijke waardigheid in het Franse recht een heropleving heeft doorgemaakt sinds de bio-ethiek-wetten van 1994, en hoe het beginsel ook in het Nederlandse recht in toenemende mate een rol vervult bij de regulering van de medische biotechnologie. Om tot een gefundeerd oordeel over de plaats van de wrongful life-fictie in het recht te komen, is het noodzakelijk ook deze beginselen in de discussie te betrekken. Thomas’ benadering van de fictie is daarom, juist ook vanuit positiefrechtelijk oogpunt, te eenzijdig. Het getuigt van weinig intellectuele zeggingskracht om, zoals hij doet, op het moment dat regulering van het biomedisch domein hoog op de rechtspolitieke agenda staat, te blijven stellen dat het recht volkomen is afgesneden van de natuur en de politiek, of vol te houden dat de juridische persoon op geen enkele manier met de mens uit de geleefde werkelijkheid is verbonden. Vooral op grond van de menselijke waardigheid krijgt de categorie van de juridische persoon een wezenlijk andere functie dan een louter technische. In de komende hoofdstukken worden de andere zijden van de persoon in het recht belicht, om op die manier tot een evenwichtige benadering van het juridisch persoonsbegrip te komen.

Dat de naturalistisch-ontologische traditie op dit terrein invloedrijk is, heeft vooral te maken met de beperkte en reductionistische wijze waarop het lichaam en het embryo gestalte krijgen via een strikt technische benadering van het recht en de juridische persoon. In de volgende paragraaf staan daarom de tekortkomingen van het technisch-juridisch persoonsbegrip bij de regulering van het lichamelijk domein centraal.

### 6.3 De verhouding van het technisch-juridisch persoonsbegrip tot het lichaam

Met het menselijk lichaam heeft de technisch-juridische persoonlijkheid op het eerste gezicht weinig van doen. Als allocatiepunt van rechten en plichten vormt

<sup>1179</sup> Labrusse-Riou 2006, p. 166.

dit persoonsbegrip op lichamelijk front een lege categorie. Dat wil niet zeggen dat het lichaam binnen dit denkkader per definitie volledig afwezig is. Doordat het technisch persoonsbegrip evenwel geen banden met de fysieke werkelijkheid onderhoudt, kan het lichaam alleen op een losstaande en aan de persoon ondergeschikte manier door het recht worden gerepresenteerd. Ofwel, als attribuut van de technische persoon, als object van zijn subjectieve rechten, en niet als onlosmakelijk verbonden met de persoon. Bioy geeft de volgende beschrijving van de verhouding van de technisch-juridische persoon (*“la personne juridique”*) tot het lichaam: *“La personne juridique n’a pas besoin d’un corps, s’il s’agit d’une personne physique elle peut avoir des droits sur un corps mais dans l’absolu elle pourrait se passer d’avoir un corps.”*<sup>1180</sup> Met andere woorden, uiteindelijk kan het technisch-juridische persoonsbegrip het ook zonder lichaam stellen. Het lichaam is niet meer dan een bijkomstigheid.

De figuur van de rechtspersoon vormt op dat punt een goed voorbeeld: als wezenlijk kunstmatige persoon in het recht, illustreert de rechtspersoon de lichaamloze aard van de technisch-juridische persoon het duidelijkst, al hoewel daarover, gezien de talloze, rechtswetenschappelijke discussies die een goed deel van de 19<sup>e</sup> eeuw en in het begin van de 20<sup>e</sup> eeuw over dit onderwerp werden gevoerd, verschillende meningen bestaan. Volgens sommigen, die de zogeheten *fictieel* aanhangen,<sup>1181</sup> is de rechtspersoonlijkheid wegens haar lichaamloze karakter zelfs in haar geheel een fictie te noemen. De redenering is dat persoonlijkheid van nature alleen aan mensen toekomt, en dat via de juridische constructie van rechtspersoonlijkheid andere entiteiten bij wijze van fictie op één lijn met de mens worden gesteld. Als we echter uitgaan van de wezenlijk tegennatuurlijke aard van het technisch persoonsbegrip, hoeft er geenszins sprake te zijn van een fictie. Het recht fingeert hier niet *“dat de rechtspersoon een mens is, een denkend willend wezen als deze”*, zoals Scholten (en met hem Maeijer) dat formuleert.<sup>1182</sup> Aan de technisch-juridische persoon ligt immers niet de vooronderstelling ten grondslag dat de juridische persoon per definitie een mens van vlees en bloed zou zijn. Ook Fuller wijst in dit kader op het artificiële gehalte van het juridisch persoonsbegrip:

“Those who contend that ‘corporate personality’ is and must be a fiction should be reminded that the word ‘person’ originally meant ‘mask’; that its application to human beings was at first metaphorical.”<sup>1183</sup>

Van een fictie zou pas sprake zijn als de rechtspersoon door de wet gelijk werd gesteld aan de mens. Het enige wat daarentegen door de wet wordt gesteld is dat

1180 Bioy 2003, p. 209.

1181 Voor een overzicht van de aanhangers, zie Asser/Van der Grinten/Maeijer 1997 (2-II), nr. 1-2.

1182 Zie Asser/Van der Grinten/Maeijer 1997 (2-II), nr. 20.

1183 Fuller 1967, p. 19.

de rechtspersoon, evenals de natuurlijke persoon, een persoon in technisch-juridische zin is, zodat bepaalde rechten en plichten kunnen worden geattribueerd.

Ook de tegennatuurlijke tendens van de *wrongful life* jurisprudentie kan in het verlengde van de gedecorporaliseerde aard van de technisch-juridische persoon worden opgevat. Zoals hiervoor bleek, is er in de *Perruche*-jurisprudentie niet zozeer sprake van een nieuw recht, maar eerder van een nieuw rechtssubject: de manier waarop het *Perruche* mogelijk wordt gemaakt in rechte zijn aangeboren handicaps aan te vechten, brengt het artificiële gehalte van het technisch-juridische persoonsbegrip tot een voorlopig hoogtepunt. De autonomie van het rechtssubject wordt geradicaliseerd, en geacht zich ook over de eigen lichamelijke constitutie uit te strekken. Deze radicalisering wordt mogelijk gemaakt door *Perruches* gehandicapte lichaam fundamenteel los te denken van zijn juridische persoon.

De voornaamste reden dat het technisch persoonsbegrip wordt kenmerkt door een tegennatuurlijke en lichaamloze aard, is dat het niet in het leven is geroepen voor regulering van het lichamelijk domein: als abstractie is het technisch persoonsbegrip leeg ten aanzien van de lichamelijke constitutie van de persoon. In wezen dient dit persoonsbegrip de regulering van het sociale verkeer, ofwel, de regulering van *intersubjectieve* verhoudingen. In kwesties als dwergwerpen en *wrongful life* komt daarentegen ook de *intrasubjectieve* verhouding van het individu tot zijn eigen lichaam in het vizier. Binet beschrijft het onvermogen van een technisch-juridische conceptie van recht en juridische persoon in zijn proefschrift over recht en biomedische wetenschap als volgt:

“Dans ses revendications, la science biomédicale oblige le droit à se poser, de façon plus aiguë, la question de l’homme et de sa protection. Par suite, elle oblige également le droit à se questionner sur la place qu’occupe l’homme dans le système juridique. Les conceptions modernes du droit ont créé l’illusion que le droit avait pour seul but d’organiser la *société* en nouant des relations entre les hommes. Le développement de la biomédecine oblige le droit à rendre compte de son incapacité à protéger *l’homme* en partant d’une telle définition du droit.”<sup>1184</sup>

Dat verklaart voor een groot deel de juridische *crise des catégories*<sup>1185</sup> die op het einde van hoofdstuk 2 werd geconstateerd. De technisch-juridische categorieën zijn leeg, *vide de sens*. Zij bieden eigenlijk geen oplossing voor situaties waarin het lichamelijke figureert. Het privaatrechtelijk kwalificatiesysteem is van origine niet ingesteld op situaties waarin de status van het lichaam of het embryo in het geding is. Het is vanuit dat perspectief niet vreemd dat een technisch-juridische benadering tekortschiet wanneer het de juridische voorstelling van het

1184 J.-R. Binet, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine* (diss. Toulouse), Parijs : Presses Universitaires de France 2002, p. 197.

1185 M.-A. Hermitte, “Le droit est un autre monde”, *Enquête*, 1998-7 (*Les objets du droit*), p. 19 en 24.

lichaam betreft. Aangezien het algemene juridische kader bovendien nog altijd vooral technisch en artificialistisch van aard is, ook al zijn daar in de loop der tijd biologisch-juridische en natuurrechtelijke beperkingen aan gesteld, is de *crise des catégories* voelbaar tot in de kern van het rechtssysteem.

Wanneer dit abstracte persoonsbegrip desondanks wordt aangewend ter regulering van handelingen met het lichaam en het embryo, is het effect daarvan een *ontologisering* of *naturalisering* van het technische persoonsbegrip. Daar bedoel ik mee dat wanneer een bepaalde interpretatie van het technisch-juridisch persoonsbegrip wordt ingezet om vragen over de verhouding van het individu tot zijn eigen lichaam en nageslacht te beantwoorden, het *de facto* wordt getransformeerd tot een begrip van ethische, symbolische en metafysische proporties. Men kan zich vervolgens met recht afvragen of dit persoonsbegrip überhaupt nog wel technisch van aard is als het op de verhouding van het rechtssubject tot zijn eigen lichaam wordt toegepast.

De specifieke ontologie die het technisch persoonsbegrip uitdraagt bij toepassing op het lichamelijk domein kan *cartesiaans* worden genoemd. In Descartes' metafysica behoren lichaam en geest tot twee gescheiden en onafhankelijke ontologische domeinen: dat van het *res extensa* en het *res cogitans*, ofwel stoffelijke en geestelijke substantie. Op vergelijkbare wijze kunnen in het technisch-juridisch persoonsbegrip uitsluitend de geestelijke aspecten van het menselijk bestaan worden gerepresenteerd. Het lichaam is per definitie afwezig. Vanuit dit perspectief is te begrijpen dat Broekman spreekt van "de cartesiaanse kenmerken die mens en mensbeeld van het recht domineren".<sup>1186</sup> Binnen een dergelijk cartesiaans begrippenapparaat kan het lichamelijk zelfbeschikkingsrecht uitstekend gedijen.<sup>1187</sup> De wrongful life-fictie vormt het meest recente voorbeeld van dit cartesianisme. De gelijktijdige subjectivering van de persoon en objectivering van het lichaam die via deze fictie plaats vinden, passen binnen deze dualistische tendens.

De basis van dit cartesianisme is vooral gelegen in het feit dat het lichaam via het technisch-juridische begrippenkader alleen als object van subjectieve rechten kan worden geconcipeerd. Dat wil zeggen, dat het menselijk lichaam op zijn hoogst kan worden beschermd als het attribuut van het rechtssubject, als object van de rechten die aan het individu zijn toegekend. Het probleem is echter dat de taal van subjectieve rechten tekortschiet wanneer het een juridische voorstelling van het lichaam betreft. Zoals de rechtsgeleerde Terré dat juridische tekort bondig samenvat: "Comment pourrais-je avoir un droit sur mon corps, puisque mon corps, c'est moi?"<sup>1188</sup> Essentiële aspecten van het lichamelijk bestaan en de

1186 Broekman 1983, p. 89.

1187 Zo ook S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi? Une analyse du discours sur les droits de la personne sur son corps* (diss. Paris I), Parijs: L'Harmattan 2004, p. 72.

1188 F. Terré, "Génétique et sujet de droit", *Archives du philosophie du droit* 1990, p. 161.

beschermwaardigheid van het lichaam ontsnappen aan het technisch-juridische onderscheid tussen persoon en zaak. Met andere woorden, de juridische status van het lichaam en het embryo kan niet worden beschreven onder uitsluitende verwijzing naar het technische persoonsbegrip.

Zoals ik hiervoor heb betoogd<sup>1189</sup> is met name het denken over het lichaam in termen van een absoluut eigendomsrecht problematisch. Een dergelijke benadering berust op een grove reductie van de lichamelijke dimensie van het menselijk bestaan. Wanneer de privaatrechtelijke logica, waarin het autonomie-beginsel en het onderscheid tussen zaak en persoon centraal staan, strikt en ongeclausuleerd wordt toegepast op het lichaam, wordt het lichaam gereduceerd tot een zaak die volledig is onderworpen aan de autonomie van de persoon. In de praktijk gaan privatisten niet zo ver, en maken zij op grond van “zedelijke overwegingen”<sup>1190</sup> een halt voor een dergelijke toepassing van het privaatrecht op het lichaam. Over het algemeen worden daarom binnen het privaatrecht het lichaam en het embryo noch als zaak noch als persoon gekwalificeerd, zo is in hoofdstuk 2 en 4 duidelijk geworden. Anders geformuleerd, strikt vanuit het juridisch-technisch persoonsbegrip geredeneerd, komt er geen bijzondere status aan het lichaam toe, en is het lichaam gelijk te stellen aan een willekeurig ander object. De enige manier waarop binnen het technisch persoons- en zaaksbegrip een uitzondering kan worden gemaakt voor de toepassing van subjectieve rechten, is door het privaatrechtelijk begrippen-apparaat niet van toepassing te verklaren, of er een bijzonder soort zaak van te maken.

Wat dat laatste betreft, kan worden gedacht aan romeinsrechtelijke constructies zoals die van de *res sacrae* en de *res extra commercium*. Met andere woorden, zaken die in meer of mindere mate onttrokken zijn aan het rechtsverkeer. Variaties op deze constructie zien we in de hedendaagse rechtsdogmatiek onder meer terug in het werk van de Franse rechtshistoricus Baud en de Amerikaanse rechtsfilosoof en bioethica Dickenson, naar wie reeds in hoofdstuk 3 werd verwezen. De redenering op grond waarvan het lichaam of lichaamsmateriaal in deze constructies aan het gangbare, juridische zaaksregime wordt onttrokken, is echter geenszins technisch-juridisch van aard. Het lichaam wordt in deze gevallen in het recht een plaats gegeven als *sacraal object*. Deze sacraliteit van het lichaam kan onmogelijk uit het technisch-juridisch denkkader worden afgeleid: Baud doet daartoe een beroep op het juridische beginsel van de menselijke waardigheid,<sup>1191</sup> en Dickenson op de gift-ethiek.<sup>1192</sup> In 8.2 kom ik daarop terug.

1189 Zie met name 2.4.2.1.

1190 Asser/Van Mierlo/Mijnssen/Van Velten 2003, nr. 58.

1191 J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Parijs: Seuil 1993, p. 229.

1192 D. Dickenson, *Lichaam en eigendom*, Amsterdam: Boom/Stichting Internationale Spinozaprijs 2006, p. 76-77. Zie voor een nadere uiteenzetting van een dergelijke redenering ook Pessers 2005, p. 52.



Een goed voorbeeld van het tekort van het technisch-juridisch persoonsbegrip bij de regulering van handelingen met het lichaam of het embryo, is de status van het lijk. Op basis van een technisch persoonsbegrip kan men niet verklaren waarom het gestorven lichaam bescherming toekomt in het recht: de dood betekent immers het einde van de technisch-juridische persoon. Na de dood komt niet alleen het biologische bestaan maar ook het bestaan van de technisch-juridische persoon tot een einde, zodat alle rechten en plichten van de technisch-juridische persoon komen te vervallen. (Overigens is deze grens van het technisch-juridisch persoonsbegrip daarmee niet puur institutioneel-juridisch van aard, maar in wezen ook biologisch. Met andere woorden, we zien hier de invloed van de biologisch-juridische benadering van de mens.)

Deze technisch-juridische redenering dekt de rechtspraktijk in zoverre dat aan de gestorven persoon de mogelijkheid ontbreekt na de dood rechtshandelingen te verrichten. Een lijk kan evenmin een privaatrechtelijk vermogen hebben. Toch heeft de gestorven persoon nog bepaalde rechten. Het gestorven lichaam geniet ook in het recht een speciale status, die echter niet uit het technisch persoonsbegrip kan worden afgeleid. Een voorbeeld is het recht op lichamelijke integriteit dat na de dood doorwerkt, zoals uit de parlementaire geschiedenis van artikel 11 Gw blijkt.<sup>1193</sup> Het resultaat is dat het lijk ondanks het ontbreken van technisch-juridische persoonlijkheid, niet gelijk is te stellen aan een zaak.<sup>1194</sup> Het maakt deel uit van een juridisch schemergebied, ergens tussen persoon en zaak, waar opvattingen over moraal en sacraliteit de juridische normering op ondoorzichtige<sup>1195</sup> wijze beïnvloeden.

Op basis van een puur technisch-juridische interpretatie van het persoonsbegrip kan de bescherming van het lijk niet worden gebaseerd. Weliswaar zou een nieuwe, technische fictie in het leven kunnen worden geroepen, die de technische persoonlijkheid onder bepaalde voorwaarden verlengt voorbij de dood, maar de bescherming die daarmee wordt bereikt, dekt niet de sacrale status die het gestorven lichaam in het positieve recht geniet. De beschermwaardigheid van het gestorven lichaam betreft immers niet de capaciteit om een privaatrechtelijk vermogen te hebben, zoals in het geval van de nasciturus-fictie, maar van een cultureel gewortelde eerbiedwaardigheid die via juridisch-technische begrippen onmogelijk onder woorden kan worden gebracht.<sup>1196</sup>

1193 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 086, nr. 8, p. 8. Zie voor een uitgebreidere beschouwing: P.H. Blok, "Is er privé-leven na de dood?", *NJB* 2003, p. 273-278.

1194 Zie Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam/Ploeger 2006, nr. 58 en 59, waar het lijk op basis van "de eerbied voor de geestelijke waarde van de mens" buiten het privaatrechtelijk zaaksbegrip wordt geplaatst. Anders, zie J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden), Leiden: Kluwer 2003, p. 216, waar zij het lijk als zaak in de zin van art. 3:2 BW kwalificeert.

1195 Zo is het verbazingwekkend dat in het Nederlandse recht lijkschennis niet wettelijk strafbaar is gesteld. Zie Blok 2003, p. 274, evenals A-G Van Dorst in zijn conclusie bij HR 26 maart 2002, *NJ* 2004, 351.

1196 Hierover meer in 8.2.3.

Het *symbolisch-juridische* persoonsbegrip, in het positieve recht veelal aangeduid als *menselijke persoon* (*personne humaine*, *human person*), vormt hier een noodzakelijk supplement ter verklaring van het bestaande, juridische beschermingsregime van het lichaam en het embryo. In tegenstelling tot het betrekkelijk lege, technisch-juridische persoonsbegrip, bestaat er binnen het symbolische persoonsbegrip ruimte om de relatie van de persoon tot het lichaam te conceptualiseren en juridisch vorm te geven.

Het ligt voor de hand dat de lichamelijke dimensie van het bestaan beter via een mensenrechtelijk vocabulaire in het recht tot uiting kan worden gebracht, dan in een al te artificialistische visie. Een zeker natuurbegrip, ontologisch perspectief, of in ieder geval een bepaalde, symbolische conceptualisering van de tastbare werkelijkheid, is immers eigen aan het naoorlogse ‘natuurrecht’, zoals onder meer blijkt uit de preambules van de mensenrechtenverklaringen en -declaraties. Toch ligt er ook in het persoonsbegrip van de mensenrechten onvermijdelijk een fictief element besloten. Dat Bentham uiterst kritisch was over zowel het gebruik van de technische fictie als over de mensenrechten, die hij in zijn beruchte woorden “nonsense on stilts” noemde, is wat dat betreft niet toeval. Ook de mensenrechten, en met name de gedroomde mens van de mensenrechten, zijn vanuit een bepaald perspectief fictief te noemen. Het zijn eveneens creaties van de juridische verbeelding, juridische artefacten. In de woorden van De Béchillon, “la référence juridique est toujours un univers de fictions”,<sup>1197</sup> ook in het geval van door het natuurrecht geïnspireerde bepalingen. Kortom, hoewel de mensenrechten een brug slaan naar de geleefde werkelijkheid door zich rechtstreeks te richten tot een ieder van ons als mens van vlees en bloed (het individu vormt in de filosofie van de mensenrechten het universele en tijdloze normadres-saat, onafhankelijk van de concrete, lokale wetgeving van het moment), ligt er een aantal vooronderstellingen over de mens aan de mensenrechten ten grondslag die ideëel en zelfs fictief te noemen zijn.

Toch staat er aan de basis van de symbolisch-juridische persoon een fundamenteel andere fictie dan de technische ficties die het technisch-juridische persoonsbegrip (zie 6.2) omringen. Zoals reeds geconstateerd, is voor bescherming van de integriteit van het gestorven lichaam een beroep op een ander soort fictie dan de technische fictie vereist. We kunnen die fictie in de woorden van Edelman een *fiction protectrice*<sup>1198</sup> noemen, of, in de woorden van Labrusse-Riou, een *fiction humanisante*.<sup>1199</sup> Met andere woorden, een fictie waarvan het doel niet redactionele efficiëntie of facilitering van rechtsontwikkeling is, maar bescherming van de mens, mensheid of menselijkheid, onder meer via humanisering van bepaalde ontwikkelingen, zoals op het gebied van techniek, geneeskunde of arbeid.

1197 Geciteerd door Bioy (Bioy 2003, p. 8) uit een artikel van De Béchillon in P. Avril en M. Verpeaux (red.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Parijs: Editions Panthéon-Assas 2000, p. 162.

1198 B. Edelman, “L’arrêt *Perruche*: Une liberté pour la mort ?”, *Recueil Dalloz* 2002, nr. 30, p. 2352.

1199 Labrusse-Riou 2006, p. 167.

Deze symbolisch-juridische benadering belicht een andere zijde van het juridische persoonsbegrip dan we tot nu toe in dit hoofdstuk hebben gezien: de nadruk ligt niet langer op de persoon als technisch-juridische categorie, maar als zelfstandig structurerend beginsel in het recht. In zijn beschouwingen over de aard van de rechtspersoon verwoordt Scholten het als kernachtig:

“De mens is persoon in het recht. Dat houdt tweeërlei in: 1e. de mens behoort in het recht als gerechtigd tot subjectieve rechten, als deelgenoot aan het objectieve recht te worden erkend. Hier heeft het woord voor het recht een ethische kleur, gaat het om een behoren, wordt een rechtsbeginsel uitgesproken. Als zodanig werkt het in talrijke rechtsregels, is het ook fundament van de tweede betekenis der vooropgezette stelling. Het is deze: 2e. in het positieve recht is de mens subject van privaatrecht, heeft hij bevoegdheid. Als zodanig houdt de stelling een aanwijzing in van de plaats van de mens in het systeem van het recht, wordt uitdrukking gegeven aan een rechtscategorie.”<sup>1200</sup>

De tweede betekenis die Scholten aan de persoon in het recht onderscheidt, komt overeen met wat hier het technisch-juridisch persoonsbegrip is genoemd. Er wordt in de voetnoten bij deze passage dan ook verwezen naar de paragraaf van het *Algemeen Deel* waarin Scholten de rechtscategorieën, en dus ook het juridisch persoonsbegrip, als leeg kenschetst.

Met de eerste betekenis van de juridische persoon geeft hij daarentegen naar eigen zeggen uitdrukking aan een van de basisbeginselen van het recht. In zijn lezing *Rechtsbeginselen* uit 1938 noemt hij dit beginsel het *persoonlijkheidsbeginsel*.<sup>1201</sup> Dat persoonlijkheidsbeginsel toont een sterke gelijkenis met het symbolisch-juridische persoonsbegrip. De menselijke persoon vormt geen lege rechtscategorie, maar heeft, in de woorden van Scholten, “een ethische kleur”, ofwel een normatieve inhoud. De grenzen tussen recht en ethiek vervagen binnen dit persoonsbegrip, met als gevolg dat dit persoonsbegrip niet alleen de mensenrechtelijke rechtssubjectiviteit constitueert (allocatiepunt van mensenrechten), maar tegelijkertijd als een rechtsbeginsel kan worden beschouwd. Met andere woorden, de menselijke persoon functioneert niet alleen als *normadressaat* (namelijk van de mensenrechten), maar opmerkelijk genoeg ook als zelfstandige *norm*. Gezien het toenemend beroep dat in het biomedische tijdperk wordt gedaan op het juridische beginsel van menselijke waardigheid, dat sterk is verweven met dit persoonsbegrip, begint deze normatieve zijde van het persoonsbegrip steeds meer op de voorgrond te treden. Kortom, de juridische persoon is niet alleen een technisch hulpmiddel tot allocatie van rechten en plichten (technisch-juridisch

1200 Asser/Van der Grinten/Maeijer 1997 (2-II), nr. 12.

1201 Zie P. Scholten [1935], *Rechtsbeginselen* (Mededeelingen der Nederlandsche Akademie van Wetenschappen, Afdeling letterkunde deel 80 serie B nr. 6), Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij: Amsterdam 1941, p. 259-284. Hierover meer in 8.9.4.

persoonsbegrip), maar ook een structurerend beginsel en normatief mensbeeld met een ethische en symbolische lading (symbolisch-juridisch persoonsbegrip).

Via die ethische en symbolische dimensie kan de juridische representatie van het lichaam voluit aan de orde worden gesteld. We hebben gezien hoe de discussie over de juridische status van het lichaam en het embryo binnen een technisch-juridisch kader slechts op indirecte en veelal vertekende wijze wordt gevoerd. Vertekend aangezien het technisch-juridisch persoonsbegrip bij overheveling naar het lichamelijk domein strikt gezien niet meer als technisch begrip functioneert, maar, zoals beschreven, ontologische, cartesische trekken begint te vertonen. Binnen het persoonsbegrip van de mensenrechten, ofwel het persoonlijkheidsbeginsel, wordt daarentegen openlijk een verbinding tot stand gebracht tussen enerzijds het recht en anderzijds de concrete, sociale en biologische werkelijkheid.

In tegenstelling tot het technisch persoonsbegrip kenmerkt het symbolische persoonsbegrip zich daarmee niet door een tegennatuurlijke insteek, maar door een bepaalde relatie met de sociale en biologische dimensie van het menselijke bestaan. Het symbolische persoonsbegrip is weliswaar een juridisch artefact, maar dan wel een artefact dat is verbonden met de concrete werkelijkheid. Zo worden de biologische en lichamelijke aspecten van het menselijk leven via het concept van de menselijke persoon bemiddeld, en een plaats in het recht gegeven. Bij die bemiddeling via het persoonlijkheidsbeginsel is een belangrijke rol voor de beginselen van menselijke waardigheid en zelfbeschikking weggelegd. Bioy beschrijft het verschil tussen het technisch-juridisch persoonsbegrip (*personne juridique*) en het symbolisch-juridische persoonsbegrip (*personne humaine*) ook wel als volgt:

“Il est évident que dans certains cas il s'agit de la personne juridique en ce que le texte ne concerne qu'un ensemble de droits cordonnés par l'action de la volonté, mais dans d'autres hypothèses, certes plus rares en général (mis à part dans le domaine des droits de l'homme), le droit vise implicitement la personne humaine parce que l'objet du texte est le corps ou la situation de l'individu, indépendamment de l'implication directe et explicite d'un droit, hors du contexte technique de la personnalité juridique.”<sup>1202</sup>

Meer algemeen kan men stellen dat waar in het geval van het technische persoonsbegrip een puur *subjectiefrechtelijke* bescherming van het subject volstaat, daar die bescherming in het geval van het symbolisch-juridisch persoonsbegrip wordt aangevuld met een bescherming van de mens via het objectieve recht. In het biologisch-juridische mensbeeld domineert de objectiefrechtelijke benadering zelfs. Als lid van de menselijke soort en als subject van de menselijke waardigheid wordt de juridische persoon niet slechts als *Zurechnungspunkt* van

---

1202 Bioy 2003, p. 211.

individuele rechten beschouwd, maar wordt hij ook in de sociale en biologische aspecten van zijn bestaan erkend en gekend.

De juridische bescherming die het subject op basis van deze situering en corporalisering van het persoonsbegrip toekomt is om die reden zowel objectiefrechtelijk als subjectiefrechtelijk van aard. De subjectiefrechtelijke bescherming die eigen is aan het symbolisch-juridische persoonsbegrip komt met name tot uiting in de toekenning van het recht op persoonlijke ontplooiing. De opkomst van persoonlijkheidsrechten en het zelfbeschikkingsrecht kunnen in dat licht worden gezien. In dat geval volstaat bescherming via attributie en bescherming van subjectieve rechten en vrijheden.

In andere gevallen wordt de menselijke waardigheid echter zo uitgelegd dat een subjectiefrechtelijke bescherming tekortschiet. We zien dat met name op het gebied van handelingen met het menselijk lichaam en het embryo. In het geval van handelingen met het embryo domineert de objectiefrechtelijke benadering zelfs. Om tot een juridisch beschermingsregime te komen van de ongeboren vrucht, zonder toekenning van volledige juridische persoonlijkheid aan het embryo, is een objectiefrechtelijke aanpak onvermijdelijk. Het beschermingsregime van het embryo staat dan ook vooral in het teken van het biologisch-juridische perspectief, waarover meer in komend hoofdstuk.

Wat regulering van handelingen met het menselijk lichaam betreft, kan de objectiefrechtelijke bescherming die via een bepaalde interpretatie van de menselijke persoon wordt ingeroepen in het uiterste geval zelfs de individuele vrijheid inperken om de mogelijkhedenvoorwaarden voor vrijheid open te houden, zoals bleek uit de jurisprudentie over dwergwerpen en sadomasochisme. In dergelijke gevallen wordt het individu op basis van een ingekleurd persoonsbegrip tegen zichzelf beschermd. Zijn lidmaatschap van de mensengemeenschap wordt hem in dat geval als het ware tegengeworpen.

Voor kelsenianen als Thomas en Iacub, maar ook voor andere rechtsgeleerden als De Béchillon en Cayla, is daarin het meest problematische aspect van dit persoonsbegrip gelegen. Als het recht wezenlijk kunstmatig van aard is, moet iedere symbolische of naturalistische bemiddeling die via dit persoonsbegrip plaats vindt, met de nodige argwaan worden bekeken. Voor hen vormt de juridische heropleving van de menselijke persoon en de menselijke waardigheid sinds de bio-ethiekwetten van 1994 een zorgwekkende ontwikkeling. Achter het toenemend beroep door juristen op de menselijke waardigheid gaat in hun ogen een moralistisch en conservatief *réveil* schuil, dat de subjectieve rechten en vrijheden van het individu in gevaar brengt. In eerdere hoofdstukken is de kritiek op dit vrijheidsbeperkende aspect van de menselijke waardigheid uitvoerig aan bod gekomen. Deze kritiek is eveneens herkenbaar op het niveau van het juridisch persoonsbegrip. De criticasters beroepen zich op het kunstmatige karakter van het juridisch persoonsbegrip om hun bezwaren tegen de essentialistische en objectiefrechtelijke benadering die eigen is aan de menselijke waardigheid te verwoorden. Naar

aanleiding daarvan is een debat ontstaan in Franse juridische kringen over de verhouding van het recht en zijn categorieën tot de werkelijkheid.

#### 6.4 Het Franse debat tussen artificialisten en realisten

Het rechtsfilosofische debat over menselijke waardigheid en lichamelijke zelfbeschikking betreft in de kern de vraag wat het betekent persoon te zijn in het recht, en of het recht een functie heeft te vervullen in het humaniseringsproces van de samenleving. Juristen die de menselijke waardigheid uitleggen als een beginsel dat mede beperkingen oplegt aan de subjectieve vrijheid – in de vorm van een verbod om jezelf te instrumentaliseren of te objectiveren, of als een juridisch-ethische uitdrukking van de eenheid van persoon en lichaam – nemen onvermijdelijk een substantieel, inhoudelijk persoonsbegrip als uitgangspunt: de menselijke persoon, drager van menselijke waardigheid en mensenrechten. Het rechtssysteem kenmerkt zich in hun ogen door een aantal grondwaarden die onder meer in de mensenrechtenverklaringen zijn neergelegd.

Juristen die de menselijke waardigheid daarentegen vooral lezen als een beginsel van subjectieve vrijheid en zelfbeschikking, zullen veelal geneigd zijn de juridische persoon als een lege categorie op te vatten. De achterliggende gedachte luidt dat in een postmoderne, pluralistische en liberale samenleving ook de invulling van het persoonsbegrip aan het individu dient te worden gelaten.

In het *Perruche*-debat zien we deze tweedeling in geïntensiveerde vorm terug. Volgens Fabre-Magnan, maar ook anderen,<sup>1203</sup> berust de rechtswetenschappelijke controverse over de *Perruche*-jurisprudentie niet zozeer op een jurisprudentieel meningsverschil, maar is zij terug te voeren op de fundamentele, rechtsfilosofische vraag wat de taak van het recht in de samenleving behoort te zijn:

“En réalité, au-delà de cette affaire, le véritable clivage mis au jour ne fut pas une opposition simpliste entre les partisans et les adversaires de l'arrêt *Perruche*, mais une rupture beaucoup plus fondamentale entre deux oppositions du droit et de la société qui ne recouvre absolument pas la première. Pour certains, le droit n'est qu'une pure fiction qu'il faut déconstruire pour en mettre à nu les ressorts idéologiques et les luttes de pouvoirs sous-jacentes, tandis que pour d'autres, le droit a anthropologiquement un rôle à jouer dans l'institution de la raison humaine, laquelle n'est pas donnée et pourrait donc être reprise.”<sup>1204</sup>

1203 Zie onder meer C. Raux, *Les positions théoriques de la doctrine: retour sur l'affaire Perruche*, juni 2005, zie <[www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes4/RAUX](http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes4/RAUX)>; en P. Jestaz, “Une question d'épistémologie. A propos de l'affaire *Perruche*”, *RTD Civil* 2001-3, p. 547-557.

1204 M. Fabre-Magnan, “L'affaire *Perruche*: pour une troisième voie”, *Droits* 2002, nr. 35, p. 119.

Met andere woorden, in de *Perruche*-controverse kunnen twee rechtsfilosofische posities van elkaar worden onderscheiden: volgens de eerste groep juristen is het recht een leeg artefact, dat van zichzelf geen ethische of politieke kleur heeft, en waaraan geen vaste of noodzakelijke taak in de samenleving toekomt; volgens de tweede groep juristen heeft het recht daarentegen mede een humaniserende taak in de samenleving te vervullen, zoals bij de normering en humanisering van techniek of bij de menswording van het individu. Die taak omschrijven zij als de *antropologische of symbolische functie van het recht*.

Toegespitst op het persoonsbegrip wordt dit debat door sommige Franse auteurs ook wel bestempeld als een strijd tussen “les artificialistes” en “les réalistes”.<sup>1205</sup> Met de artificialisten wordt uiteraard bedoeld op de eerste groep juristen. Als het recht slechts een artefact vormt waarvan de verborgen ideologieën na grondige deconstructie aan het licht zullen treden, dan is iedere substantiële invulling van het juridisch persoonsbegrip per definitie een verkapte vorm van machtsuitoefening. Met andere woorden, de juridische categorie van de persoon moet gereinigd blijven van zelfs de meest basale waarden die vanuit een ethisch perspectief inherent zijn aan de persoon. Iedere correspondentie met de mens, of het nu de mens in metafysische of biologische zin is, moet worden vermeden. De invulling van het persoonsbegrip kan vervolgens volledig worden vrijgegeven aan het individu. De achtergrond van het juridisch artificialisme moet worden gezocht in het postmodernisme. Dat blijkt ook uit de beschrijving die Labrusse-Riou, zelf overigens een ‘realist’, geeft van het artificialistische perspectief:

“Pour les [artificialistes], la personne en droit serait une pure représentation, un concept vide, une notion sans substance, qui ne s’identifie pas à l’être humain, donc un pur produit de la pensée déconnecté du réel bien qu’en rapport avec lui; sa nature juridique dépendrait de la seule intentionnalité des individus ou de la manière dont les lois en traitent. [...] Le lieu du conflit que suscite la thèse artificialiste est le statut juridique du corps humain, que l’on a si bien su découper en morceaux pour en faciliter la circulation que l’on a décomposé l’organisme, le corps en soi, et qu’on a détaché de la personne pour en faire un objet de droit.”<sup>1206</sup>

Dat een dergelijke opvatting vrij ver gaat, blijkt wanneer men een korte blik werpt op de hedendaagse politieke theorie. Ook in een liberale, procedurele opvatting van rechtvaardigheid, zoals Rawls’ theorie van *justice as fairness*, waarin de publieke sfeer wordt gekenmerkt door een smalle moraal, ofwel door een *thin theory of the good*, krijgt het persoonsbegrip nog onvermijdelijk een bepaalde

1205 Zie onder meer Labrusse-Riou 2006, p. 165-166; en S. Breton (2002a), “La personne juridique, le sujet du désir et la norme sociale”, *Esprit* juni 2002, nr. 285, p. 29-54. Deze kwalificaties heeft Breton waarschijnlijk ontleend aan het werk van Thomas, zie Thomas 2002, p. 161. Zie ook O. Mongin, “De la nécessaire clarification u langage juridique”, *Esprit* juin 2002, p. 26.

1206 Labrusse-Riou 2006, p. 165.

substantiële invulling. Hoewel Rawls' politiek liberalisme is toegesneden op een pluralistische, gefragmenteerde, moderne samenleving waarin *conflicting and incommensurable conceptions of the good*<sup>1207</sup> naast elkaar bestaan, wordt ook in deze theorie vastgehouden aan een bepaalde minimale, ethische opvatting van de persoon in de publieke sfeer. Aan Rawls' gedachte van *justice of fairness* ligt een politiek persoonsbegrip begrip ten grondslag volgens welke alle individuen vrij en gelijk zijn. Dit persoonsbegrip is politiek, en geenszins metafysisch van aard, zoals Rawls meermalen benadrukt: het omvat slechts een conceptie van de persoon als burger, als actor in de publieke sfeer, en maakt geen deel uit van een algehele morele theorie over de mens als persoon. Met de minimale, proceduralistische moraal die eigen is aan *justice as fairness*, is een politiek systeem waarin slavernij legaal is evenwel onverenigbaar. Ook in een proceduralistische opvatting van rechtvaardigheid is een substantieel, politiek persoonsbegrip onmisbaar. In de woorden van Rawls:

"Slaves are, so to speak, socially dead: they are not publicly recognized as persons at all. Thus, the contrast with a political conception which allows slavery makes clear why conceiving of citizens as free persons in virtue of their moral powers and their having a conception of the good, goes with a particular political conception of the person. This conception of persons fits into a political conception of justice founded on the idea of society as a system of cooperation between its members conceived as free and equal."<sup>1208</sup>

Volgens artificialisten ontbeert het juridisch persoonsbegrip zelfs deze morele basislaag. In de Romeinse traditie van het recht, die de artificialisten als voorname inspiratiebron hanteren, was de juridische persoonlijkheid immers slechts voor enkelen weggelegd. Het technisch-juridische persoonsbegrip is op zichzelf bezien niet strijdig met een rechtssysteem waarin slavernij is toegestaan. Dat wil uiteraard niet zeggen dat binnen de artificialistische rechtsopvatting slavernij wordt gerechtvaardigd. Volgens artificialisten ligt een slavernijverbod echter niet in het juridische persoonsbegrip zelf besloten.

Voor 'realisten' daarentegen, is het juridisch persoonsbegrip noodzakelijkerwijs in meer of mindere mate met de mens uit de geleefde werkelijkheid verbonden. Die verbondenheid wordt op verschillende manieren uitgelegd: van de basale aanname dat slechts mensen en niet dieren persoon in het recht zijn, of dat iedere mens als persoon in het recht erkend dient te worden, tot de omstreden stelling dat dwergwerpen of het draagmoederschap berusten op een objectivering van de mens die strijdig is met de lading van het juridisch persoonsbegrip. De term

1207 J. Rawls, "Justice as fairness: political not metaphysical", *Philosophy and Public Affairs* 1985, vol. 14, no.3 (Summer), p. 245.

1208 Rawls 1985, p. 243.



*realisme* is in dat verband wellicht enigszins verwarrend,<sup>1209</sup> en moet in de eerste plaats worden onderscheiden van het *legal realism* van mensen als Llewellyn en Frank. *Legal realism* is een positie in het debat over rechtsvinding, die het onderscheid tussen *law in the books* en *law in action* benadrukt, terwijl het realisme uit deze context een stellingname in het debat over de verhouding van het recht tot de werkelijkheid betreft.

Wat de Franse auteurs met het adjectief *réaliste* tot uiting proberen te brengen is dat volgens deze rechtstheoretische stroming het recht, en dan met name het juridische persoonsbegrip, niet volkomen losgesneden is van de geleefde werkelijkheid, of die werkelijkheid nu in biologische, antropologische, symbolische of ontologische termen wordt gedeut. Van een aantal basiswaarden of -gegevens, zoals de menselijke waardigheid, een ieders gelijkheid en vrijheid, of het lichaam waarin men wordt geboren, mag volgens de realistische rechtsopvatting via het recht en het juridisch persoonsbegrip niet worden geabstraheerd. Ofwel, deze waarden en gegevens zijn onlosmakelijk verbonden met het rechtssysteem. Over de vraag welke gegevens dat zijn en hoe die waarden moeten worden uitgelegd verschillen de realisten echter van mening. Labrusse-Riou zet *la thèse réaliste* als volgt uiteen:

“Pour [les réalistes] qui regardent la personne comme le siège de valeurs morales, la personne est une notion juridique pleinement adéquate à l'être humain, qui suppose que tous les êtres humains sont des personnes; c'est une thèse réaliste, plus que naturaliste qui considère cependant, au rebours d'une certaine schizophrénie dissociant l'être juridique de l'être de chair, qu'au nom de ses libertés, l'homme ne saurait s'aliéner lui-même, disparaître fût-ce symboliquement en faisant de lui-même un pur artifice, dont la réalité se résumerait en une valeur monétaire.”<sup>1210</sup>

Binnen een realistische benadering krijgt het technische persoonsbegrip dan ook gezelschap van het biologisch-juridische en symbolisch-juridische persoonsbegrip, waarmee het in onderlinge samenhang functioneert. Bepaalde werkelijkheids- en waarheidsaanspraken worden in een dergelijke opvatting van het recht en de persoon in het recht intact gelaten, de voortschrijdende subjectivering van het recht ten spijt.

Nieuwenhuis spreekt ook wel van de *realia en idealia van het recht* om de relatie van het recht tot de werkelijkheid te beschrijven. Het recht is een open systeem, hetgeen in zijn woorden wil zeggen dat het recht “wordt gekenmerkt door een wisselwerking met de ‘buitenwereld’”<sup>1211</sup>, en wel in twee richtingen. Niet alleen

1209 Volgens Lhuillier is gebruik van de term zelfs misplaatst (G. Lhuillier, “L'homme-masque. Sur la dimension anthropologique du droit”, *Methodos. Savoir et textes*, nr. 4 (2004), “Penser le corps”, <[www.methodos.revues.org/document125.html](http://www.methodos.revues.org/document125.html)>, noot 36).

1210 Labrusse-Riou 2006, p. 166.

1211 J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 41.

de vraag hoe de wereld *behoort* te zijn (idealía), maar ook de vraag hoe de wereld feitelijk *is* (realía), beïnvloedt de inhoud van het recht:

“De werkelijkheid beïnvloedt het recht. Het is onmogelijk rechtsregels te begrijpen zonder zich te verdiepen in de maatschappelijke werkelijkheid die zij beogen te ordenen. Het recht staat in open verbinding met de werkelijkheid. De ‘aard der zaak’, de ‘belangen van het verkeer’, dat zijn voorbeelden van de invloed van de werkelijkheid op het recht. Wij brengen hen onder één noemer: de realía van het recht. [...] Open is ook de verbinding tussen het recht en de waarden die een samenleving in haar vaandel voert. Het positieve recht ondergaat de invloed van het vigerende waardenpatroon. Het is onmogelijk de grondwettelijke bepalingen betreffende grondrechten te begrijpen en toe te passen zonder te zien welke waarde zij beogen te verwerkelijken. [...] Vrijheid, rechtvaardigheid, rechtszekerheid: van deze waarden is stellig het krachtigste appèl uitgegaan [...] Het zijn de idealía van het recht.”<sup>1212</sup>

Anders gezegd, rechtsbegrippen en -beginselen zijn altijd in enige mate *Stoffbestimmt*, zoals de uitdrukking van Radbruch luidt.<sup>1213</sup> Het recht is per definitie in enige mate verbonden met de feiten aangezien juridische normen voor bepaalde feitelijke situaties in het leven zijn geroepen.

Een belangrijke vraag in dit verband is of ook de biologische aspecten van het menselijk bestaan tot de realía van het recht behoren. Dienen zij als “realía” gereflecteerd te worden door het juridisch persoonsbegrip? Nieuwenhuis wijst het biologische feit dat de mens te vroeg wordt geboren en na geboorte nog een aantal jaren nodig heeft om zelfstandig te worden, aan als een feit waar het recht rekening mee houdt. Een ander biologisch feit dat hij noemt is de geslachtsrijpheid. Het zijn beide realiteiten “die het recht niet kan negeren.”<sup>1214</sup> Maar hoe zit dat met de aangeboren handicaps van Kelly Molenaar? Vormt het biologische gegeven van haar handicaps eveneens “een realiteit die het recht niet kan negeren”?

Wat de idealía van het recht betreft luidt de vraag in deze context of de menselijke waardigheid ertoe behoort. Is het ideaalbeeld dat ligt verankerd in de menselijke waardigheid een van de waarden die het recht beoogt te verwerkelijken? En dient deze fundamentele waarde in de rechtsvorming en -vinding door te werken? In de volgende hoofdstukken wordt de manier waarop het positieve recht naar de biologische en symbolische werkelijkheid verwijst geanalyseerd.

Het opvallende is echter, dat de kloof die realisten en artificialisten van elkaar scheidt, in veel gevallen minder groot is dan op het eerste gezicht lijkt. In de volgende paragraaf wordt beschreven hoe een artificiële rechtsopvatting veelal uitloopt op een pleidooi voor absolute zelfbeschikking, en daardoor, meer dan de

1212 *Idem*.

1213 Zie Foqué en 't Hart 1990, p. 346 en 381.

1214 Nieuwenhuis 1979, p. 41.

artificialisten erkennen, in veel gevallen verwant lijkt aan het perspectief van de realisten.

## 6.5 Het juridisch artificialisme en het zelfbeschikkingsrecht

Eerder in dit hoofdstuk werd gesteld dat het technisch-juridisch persoonsbegrip bij toepassing op het lichamelijk domein transformeert tot een categorie met een ontologische lading. De uitwerking van het technisch-juridisch persoonsbegrip is in die gevallen cartesiaans en dualistisch te noemen. Daarbij werd opgemerkt dat gebruik van een strikt technisch-juridisch persoonsbegrip in de context van het menselijk lichaam uitmondt in een lichamelijk zelfbeschikkingsrecht. De cartesische scheiding van geest (*res cogitans*) en lichaam (*res extensa*), in het recht vormgegeven als een lichaamloos persoonsbegrip en een verzakelijkt lichaamsbegrip, werkt onderwerping van het lichaam aan de contracts- en beschikkingsvrijheid in de hand.

In het werk van verschillende artificialisten kan deze tendens worden waargenomen. Een zuiver artificialistische positie blijkt moeilijk houdbaar in discussies over de status van het lichaam en het embryo. Hoewel deze juristen zich bedienen van een artificialistisch vocabulaire, ontkomen zij in hun conclusies veelal niet aan stellingen die slechts als deel van een realistische rechtsopvatting kunnen worden begrepen. Sommigen van hen beroepen zich op de technische aard van het recht om een recht op lichamelijke zelfbeschikking te bepleiten. Daarmee is hun positie echter niet meer zuiver artificialistisch te noemen.

In deze paragraaf zal het werk van artificialisten Thomas, Iacub, De Béchillon en Cayla de revue passeren. Al hoewel deze juristen allen vertrekken vanuit de stelling dat het juridische persoonsbegrip een construct zonder eigen kleur of inhoud is, verbinden zij daar verschillende conclusies aan. Tot dusver is slechts Thomas' positie aan de orde geweest. Zijn werk benadert nog het meest een zuivere vorm van artificialisme. Dat komt met name doordat hij de implicaties van zijn stellingname voor regulering van het lichamelijk domein onbesproken laat. Zo blijft het onduidelijk of Thomas zich inhoudelijk kan vinden in de *Perruche*-uitspraak van de Cour de Cassation. Hij beperkt zich tot de stelling dat de fictie die ten grondslag ligt aan de uitspraak past binnen het spectrum van mogelijke juridische constructies.

Ook artificialist en hoogleraar publiekrecht De Béchillon onthoudt zich van normatieve uitspraken over lichamelijke zelfbeschikking, en richt zich slechts op de in zijn ogen verwerpelijke vervaging tussen het recht enerzijds en de ethiek, antropologie en psycho-analyse anderzijds, die onder geleide van de menselijke waardigheid en de zogeheten antropologische functie van het recht plaats vindt.

De argumentatieve zuiverheid van Thomas' en De Béchillons stellingname maakt hun artificialisme minder kwetsbaar dan dat van Cayla en Iacub. Deze

laatst stellen hun artificiële rechtsopvatting in dienst van een pleidooi voor subjectieve vrijheden, ook waar het de beschikking over het lichaam betreft. Hoewel zij hun zelfbeschikkingsidealen met artificialistische retoriek bedekken, is nauwelijks te ontkennen dat hun visie thuishoort in een discussie over de betekenis van de mensenrechten en de menselijke waardigheid, zo zal blijken.

Iacubs oeuvre kan worden opgevat als een opvallende melange<sup>1215</sup> van kelseniaans positivisme,<sup>1216</sup> door Foucault geïnspireerd deconstructie-denken<sup>1217</sup> en radicaal feminisme.<sup>1218</sup> In haar visie is de juridificatie van de menselijke waardigheid deel van een onderdrukkend waarheidsregime. Als het recht zich blijft beroepen op een tijdloos en universeel natuurbegrip, terwijl de natuur sinds de opkomst van de biotechnologie juist manipuleerbaar en veranderlijk begint te worden, dan kan dat juridische natuurbegrip als een vorm van verkapt moralisme worden ontmaskerd, aldus Iacub. We dienen daarentegen in deze tijd uit te gaan van een *monde biotechnojuridique*,<sup>1219</sup> waarin de in wezen artificiële categorieën van de natuur – die sinds het ontstaan van de biotechnologie immers manipuleerbaar is gebleken – en het recht met elkaar vergroeien. Biologie en recht raken steeds verder met elkaar vervlochten. De gegeven grenzen van de natuur transformeren tot veranderlijke en juridische grenzen.

Volgens Iacub kan het recht, gedacht als fundamenteel tegennatuurlijk en kunstmatig systeem, geen beperkingen opleggen aan de biotechnologische mogelijkheden tot ingrijpen in het lichaam of de voortplanting, zonder te vervallen in een repressieve ideologie. Haar centrale boodschap luidt dan ook dat men met een beroep op de menselijke natuur de mogelijkheden tot zelfontplooiing en zelfmodificatie onterecht aan banden legt. Bij de regulering van de moderne antropotechnieken mag het artificiële karakter van het recht niet uit het oog te worden verloren, opdat een ieder vrijelijk kan bepalen hoe hij zijn lichaam, leven en voortplanting wil vormgeven:

“Au lieu de s’opposer aux artifices technologiques, peut-être serait-il plus utile de lutter contre les artifices juridiques que l’on nous impose, d’être aussi artificiel que ce pouvoir afin d’avoir la possibilité d’inventer son corps, sa vie, sa mort, son sexe, des nouveaux procédés de procréation, différentes versions de l’humain. Car la puissance des biotechnologies nous a rendus paradoxalement plus immatériels

1215 Zie met name de inleiding van *Le crime était presque sexuel* (M. Iacub (2002b), *Le crime était presque sexuel*, Parijs: Flammarion 2002), waarin zij haar inspiratiebronnen expliciet benoemt.

1216 Zie met name M. Iacub (2002a), *Penser les droits de la naissance*, Parijs: PUF 2002, p. 94-98; en Iacub 2002b, p. 12-13.

1217 Foucaults invloed is op meerdere plaatsen in Iacubs werk zichtbaar. Hoofdstuk 8 van *Le crime était presque sexuel* is zelfs in zijn geheel gewijd aan een foucauldiaanse analyse van medische biotechnologie (Iacub 2002b, p. 193-201).

1218 Iacub noemt haar feminisme zelf “un néofeminisme indifférentialiste rigoureux” (Iacub 2002b, p. 32).

1219 Iacub 2002a, p. 83.

que jamais, nous permettant de nous créer nous-mêmes comme de purs artefacts biologiques.”<sup>1220</sup>

Iacubs postmoderne visie op het recht dient, zoals zij zelf op meerdere plaatsen in haar werk aangeeft, uiteindelijk een politiek en emancipatoir ideaal, haar kelseniaanse opvattingen ten spijt. Dat komt vooral naar voren in haar visie op het juridisch persoonsbegrip, dat zij in navolging van haar leermeester Thomas als een pure abstractie, een lege fictie, omschrijft.<sup>1221</sup> Wil het recht niet tot een inherent moralistisch en conservatief systeem verworden, dan dient de biomedische deconstructie van de mens weerspiegeld te worden door een principieel kunstmatig persoonsbegrip in het recht, is Iacub van mening. Het is volgens haar niet aan het recht om in de biomedische ontwikkelingen in te grijpen uit hoofde van zijn zogenaamde antropologische taak in de samenleving.

De biomedische technieken kunnen daarentegen een middel vormen om de zwakke positie van bepaalde minderheden te verbeteren, betoogt Iacub. Met behulp van kunstmatige voortplanting kan wellicht in de toekomst de achterstelling van vrouwen, homoseksuelen en onvruchtbaren (ten opzichte van mannen, heteroseksuelen en vruchtbaren) worden verkleind, en kan hun emancipatie op dat punt ook in biologisch opzicht worden voltooid. Als voorbeeld noemt Iacub de emancipatie van vrouwen met betrekking tot zwangerschap. Zij leest in de juridische beperkingen op het draagmoederschap en het verbod op het gebruik van een kunstmatige baarmoeder (ook wel *ectogenese* genoemd)<sup>1222</sup> een seksistisch machtsvertoog waarin de vrouw wordt veroordeeld tot de lichamelijke last

1220 Iacub 2002b, p. 201.

1221 Zie bijvoorbeeld de volgende passage: “Le sujet de droit est une catégorie différente de celle de l'être humain. Le sujet de droit est le point d'imputation fictif des droits et des obligations juridiques, et non pas l'être de chair et d'os, les hommes et les femmes que nous sommes. Le sujet de droit est l'ensemble de normes juridiques qui gouverne la conduite des individus en chair et en os. Le sujet de droit est une fiction, un artefact juridique nous permettant de décrire le fonctionnement et les caractéristiques d'un ordre juridique donné” (Iacub 2002b, p. 358-359).

1222 In de Embryowet is een verbod neergelegd op het buiten het menselijk lichaam laten ontwikkelen van het embryo langer dan 14 dagen (art. 24 sub e Embryowet). Bovendien kan volgens het recht slechts degene die daadwerkelijk van het kind is bevallen als moeder van het kind worden beschouwd (art. 1:198 BW), op de uitzondering van adoptie na. Voor het vaderschap gelden minder stringente, biologische vereisten. Bij twijfel over het biologische vaderschap gaat de wet immers uit van een *vermoeden* van vaderschap (art. 1:199 BW). In Frankrijk gelden soortgelijke bepalingen. Iacub leest in het bevallingsvereiste voor het moederschap een inperking van de mogelijkheden tot kunstmatige zwangerschap, zoals de kunstmatige baarmoeder die wellicht in de toekomst tot stand wordt gebracht (Iacub 2002b, p. 341-342). Zie wat betreft de kunstmatige baarmoeder ook het interessante *L'utérus artificiel* van bioloog en filosoof Atlan. Ook hij beschouwt deze techniek als een mogelijkheid tot een volledige, want ook op lichamelijk vlak verwezenlijkte, emancipatie van de vrouw (zie H. Atlan, *L'utérus artificiel*, Parijs: Seuil 2005). Het gebruik van de kunstmatige baarmoeder zou echter op meerdere punten wettelijke aanpassingen vergen. Voor een opsomming van de problemen, zie H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Lege-maate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel 1 Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2007, p. 126-127.

van een natuurlijke zwangerschap via haar eigen baarmoeder. Een kunstmatig, gedeseksualiseerd persoonsbegrip dient als tegenwicht:

“La lutte pour l’émancipation des femmes n’est pas distinguable d’un mouvement généralisé d’élargissement des droits et d’abstraction du sujet de droit, dont le “droit de se passer de son corps pour procréer” pourrait être un exemple. L’image donc que dessinent en creux nos études est celle d’un droit déssexualisé, résolument artificialiste et indifférentialiste.”<sup>1223</sup>

Kortom, de centrale boodschap in Iacubs werk luidt, dat er in een postmoderne samenleving geen plaats op politiek en juridisch niveau is weggelegd voor metafysische concepten als de menselijke waardigheid, de menselijke persoon en de menselijke natuur. De gedachte is dat deze begrippen per definitie ethisch gekleurd zijn, en onvermijdelijk deel uitmaken van een brede moraal die niet door iedereen wordt gedeeld. Een proceduralistische ethiek en een smalle moraal dienen ook bij de regulering van biotechnologie het uitgangspunt te vormen, hetgeen in het recht met name tot uiting zou moeten komen via een leeg juridisch persoonsbegrip.

Al hoewel Iacub gebruik maakt van het gedachtegoed van Kelsen en Foucault om de naturalistische tendensen in het recht te ‘deconstrueren’, mondt haar betoog uit in een ideologisch getint en bijna modernistisch pleidooi voor absolute vrijheid en lichamelijke zelfbeschikking. Haar opvattingen zijn uiteindelijk zo te beschouwen als het rechtstheoretische equivalent van de visie van filosofen als Hottois, Engelhardt<sup>1224</sup> en Singer.<sup>1225</sup> Al hoewel hun kritiek bioethisch en wetenschapsfilosofisch van aard is, en niet zozeer is gericht op het recht, ligt aan het werk van deze denkers een soortgelijke kritiek op het metafysische begrip van de menselijke natuur ten grondslag. In hun pleidooi voor een desontologisering van de bio-ethiek, en tegen essentialistische en dogmatische benaderingen van de menselijke natuur, herkennen we Iacubs kritiek op het gebruik van biologische of essentialistische ‘waarheden’ in het recht. Bovendien zijn deze denkers, net als Iacub, voorstanders van een vergaand recht op lichamelijke zelfbeschikking en

<sup>1223</sup> Iacub 2002b, p. 32.

<sup>1224</sup> Zoals reeds aan bod is geweest, is het volgens Hottois en Engelhardt niet uitgesloten dat de pluriformiteit die de postmoderne samenleving kenmerkt via de technieken die de biotechnologische revolutie te bieden heeft zal uitmonden in een genetische pluriformiteit van verschillende menselijke soorten en hybriden (G. Hottois, *Symbool en techniek*, Kok Agora/Pelckmans: Kampen/Kapellen 1996, p. 113-114). Deze ontwikkeling moet als positief worden beschouwd, aangezien zij tot de mogelijkheden van de menselijke soort behoort, en in overeenstemming is met de veelheid aan morele, religieuze en culturele vocabulaires. In Hottois’ ogen dienen we daarom aan te sturen op een desontologisering van de publieke inkadering en regulering van de biomedische wetenschap (G. Hottois, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, Parijs: Vrin 1999, p. 69).

<sup>1225</sup> Voor utilist Singer berust de verheiliging en metafysische status van de menselijke soort op een irrationele, ongefundeerde gedachtegang die is terug te voeren op de christelijke traditie. Op zijn positie wordt in hoofdstuk 8 kort ingegaan.

zelfmodificatie. Deze inconsistentie in haar betoog neemt niet weg dat Iacub als geen ander de nieuwe manieren waarop het recht de biologische werkelijkheid construeert, weet te benoemen, en de vergaande implicaties daarvan blootlegt. Naar haar werk zal ik dan ook vooral in hoofdstuk 7 op meerdere plaatsen verwijzen.

In tegenstelling tot Iacub verbindt Thomas geen emancipatoir ideaal aan zijn postmoderne opvattingen over de juridische persoon. Hij beperkt zich, zoals we uitgebreid hebben gezien, tot een karakterisering van het recht als tot op het bot kunstmatig. Zijn postmodernisme is gelegen in het feit dat voor hem het recht één grote technische fictie is, waarin voor ‘de waarheid’ of ‘de werkelijkheid’ geen plaats is weggelegd. Daarmee is Thomas vooral in debat met een rechtshistoricus als Legendre, volgens wie er bepaalde “dogmatische waarheden” aan de basis van het recht staan. Het zal dan ook niet verrassen dat dezelfde Legendre een belangrijke inspiratiebron is voor de juristen die hierboven de “realisten” werden genoemd, zoals verderop nog zal blijken.

Ook voor De Béchillon vormt Legendre de voornaamste discussiepartner. In zijn kritiek op het natuurrechtelijke *réveil* in de rechtswetenschap richt De Béchillon zich met name op de modieuze maar misleidende retoriek die de realisten volgens hem in navolging van Legendre gebruiken. Met name het beroep op bepaalde antropologische categorieën die aan het recht ten grondslag zouden liggen, en op de antropologische functie van het recht, is misplaatst en ongefundeerd, zowel vanuit juridisch, antropologisch als psycho-analytisch perspectief, betoogt De Béchillon. Via deze retoriek eigent de rechtswetenschapper zich ten onrechte de bevoegdheid toe zich uit te spreken over kwesties van politieke, ethische en religieuze aard. Zich beroepend op de antropologische functie van het recht werpt de rechtswetenschapper zich op als niet minder dan de hoeder van de menselijke beschaving en de menselijke psyche:

“Il n’est sans doute pas excessif d’avancer qu’il y a, dans la célébration legendrienne de la Dogmatique, la marque et l’assise d’un jusnaturalisme foncier, avec ce que cela suppose de tension antimoderne et de déplacement élitiste du vrai pouvoir en direction de clercs et des savants. [...] Dans l’anthropologie legendrienne, le juriste universitaire se voit assigner, au détriment de tous les autres acteurs du droit, une fonction et un statut symbolico-social proprement gigantesques: c’est sur lui, en dernière analyse, que repose l’étayage tout entier de la raison occidentale. Maître des catégories anthropologiques fondatrices, gardien et connaisseur de la Limite, le voici fantasmatiquement intronisé dans la suprême position du Grand prêtre.”<sup>1226</sup>

1226 D. de Béchillon, “Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire”, *Revue trimestrielle de droit civil*, januari/maart 2002, p. 63-64.

Op deze forse, en voor een belangrijk deel gerechtvaardigde, kritiek kom ik terug in het kader van een beschouwing over de antropologische dimensie en functie van het recht.<sup>1227</sup>

Cayla's artificialistische benadering van de persoon is opvallend genoeg deel van een *modernistische* rechtsfilosofie. Niet alleen is de menselijke waardigheid volgens hem "le plus flou des concepts",<sup>1228</sup> en daarom niet goed bruikbaar in het recht; maar vooral ook is de huidige, juridische operationalisering van de menselijke waardigheid zijns inziens strijdig met de vrijheidsgedachte van de mensenrechten. De menselijke waardigheid getuigt, wanneer het als collectief recht van de mensheid wordt uitgelegd, volgens Cayla van een "hostilité au subjectivisme de la modernité des droits de l'homme", en moet daarom als antimodern worden verworpen.<sup>1229</sup>

Zijn kritiek op het juridische persoonsbegrip van de realisten hangt dus vooral samen met de vraag wie uiteindelijk het subject van de menselijke waardigheid is: is dat het individu, zoals hij voorstaat, of de mensheid, zoals onder meer Edelman<sup>1230</sup> benadrukt?<sup>1231</sup> Naar zijn mening gaat er van de menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie een onderdrukkende werking uit, aangezien dit beginsel, met name via het onderliggende mensbeeld, het individu als het ware aan zijn eigen beschikkingsmacht onttrekt:

"Du coup, contrairement à la perspective moderne où, par nature, *l'individu s'appartient* (c'est justement par là qu'on aperçoit qu'il est humain), la logique de la dignité postule que, par nature, *l'individu ne s'appartient pas, mais appartient à sa nature* qui le transcende (sans qu'on sache précisément ce qui caractérise cette nature."<sup>1232</sup>

De juridische inmenging die uit naam van de menselijke waardigheid plaats vindt in de relatie van het individu tot zichzelf en zijn eigen lichaam, is in Cayla's ogen ongefundeerd en onwenselijk. Uiteindelijk omvatten de vrijheden van de mensenrechten in zijn eigen woorden zelfs een "droit inaliénable à la folie" dat door een ieder gerespecteerd moet worden.<sup>1233</sup> Het recht heeft geen taak te vervullen bij de opvoeding van het rechtssubject.

De juridische persoon is volgens hem een juridisch construct, dat in het teken staat van vrijheid en dus een emancipatoir doel dient. Voor menselijke waardig-

1227 Zie met name 8.8.

1228 Zoals de titel van een artikel van Cayla in de krant *Le Monde* luidde (O. Cayla, "Dignité humaine: le plus flou des concepts", *Le Monde*, 31 januari 2003).

1229 O. Cayla, "Le droit de se plaindre. Analyse du cas (et de l'anti-cas) Perruche", in: O. Cayla en Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Parijs: Gallimard 2002, p. 47.

1230 Zie B. Edelman, *La personne en danger*, Parijs: PUF 1999, p. 508-509.

1231 Zie hierover ook 3.2.4.

1232 Cayla 2002, p. 50.

1233 Cayla 2002, p. 67.



heid is wel een plaats in zijn betoog, maar slechts begrepen als subjectief vrijheidsrecht. Zo beredeneert Cayla dat het artificialistische persoonsbegrip van de *Perruche*-jurisprudentie het Perruche juist mogelijk maakt in rechte van zich te laten horen, daar waar zijn handicaps dat in de gegeven werkelijkheid niet toelaten. Op die manier wordt zijn waardigheid, uitgelegd als fundamentele vrijheid, juist geëerbiedigd, betoogt Cayla:

“On comprend que, dans cette option philosophique [een hobessiaanse, nominalistische filosofie, BvB], la représentation de Nicolas Perruche par ses parents, afin d’assurer l’articulation de sa propre plainte, cesse tout à fait d’apparaître comme une incongruité. Car loin de causer une prétendue atteinte à la dignité de la personne humaine, elle ne fait au contraire qu’honorer sa dignité, tout bonnement parce qu’elle oeuvre à la constitution même de sa personne, en lui donnant la possibilité d’être le sujet d’un discours.”<sup>1234</sup>

Hoewel Cayla in de rest van zijn betoog zijn pijlen op het *algemeen* beginsel van menselijke waardigheid richt, blijkt uit dit citaat dat zijn modernistische opvattingen goed passen binnen een interpretatie van menselijke waardigheid als een beginsel waarin het recht van een ieder op persoonlijke ontplooiing centraal staat. Zijn kritiek richt zich, met andere woorden, niet op de ontologische dimensie van het persoonsbegrip, maar op de specifieke ontologische lezing die er door sommigen van wordt gegeven. Cayla’s positie hoort daarom eerder thuis in een reflectie over de betekenis van het mensenrechtelijke persoonsbegrip, ook al maakt hij daarnaast gebruik van hobessiaanse, artificialistische argumenten over de tegen-natuurlijke aard van het recht.

## 6.6 Conclusie

Het juridische denken wordt gekenmerkt door een geheel eigen benadering en ordening van de werkelijkheid. Gebeurtenissen, gegevens en personen worden teruggebracht en getransformeerd tot de categorieën, constructies en bepalingen die in het recht zijn vervat. Dat betekent dat een bepaalde mate van abstractie en constructie eigen is aan de juridische blik. Met name in de rechtsfiguur van de juridische fictie komt het vermogen om niet alleen van de werkelijke gebeurtenissen te abstraheren, maar deze zelfs bewust te vervalsen treffend tot uitdrukking.

Ook het juridische persoonsbegrip berust zo bezien op een artificieel mensbeeld. De juridische persoon valt niet samen met de mens uit de levensfeitelijke werkelijkheid, maar vervult vanuit dit perspectief louter een technische functie. Daarbij wordt de juridische persoon als toerekeningspunt van rechten en plichten opgevat, als het noodzakelijke adressaat van normen en richtlijnen. Het louter

---

<sup>1234</sup> Cayla 2002, p. 86.

technische en kunstmatige karakter van dit persoonsbegrip blijkt wanneer men beseft dat met deze benadering een systeem verenigbaar is waarin slechts sommigen als juridische personen worden erkend, terwijl anderen als hun slaven, ofwel hun zaken, te gelden hebben. Een dergelijk scenario illustreert de discrepantie tussen personen in technisch-juridische zin en personen in de dagelijkse betekenis van het woord.

De juridische normering van de biomedische praktijk, waaraan de mens vooral in de fysieke aspecten van zijn bestaan deelneemt, roept evenwel de vraag op in hoeverre het recht zich aan de biologische werkelijkheid kan en mag onttrekken. Belangrijk in het kader van dit onderzoek is dat binnen de technische, artificialistische opvatting van de juridische persoon het menselijk lichaam afwezig is. Ten aanzien van de fysieke aspecten van het menszijn is dit persoonsbegrip leeg. Daarmee is dit persoonsbegrip op het eerste gezicht niet erg geschikt om dienst te doen bij de regulering van de biomedische ontwikkelingen. Toch wordt in de rechtspraktijk en rechtsdogmatiek wel degelijk gebruik gemaakt van dit persoonsbegrip bij de normering van het lichamelijk domein. De effecten van dit gebruik, en de manier waarop het lichaam daarbij juridisch gestalte krijgt, zijn in dit hoofdstuk verkend.

Toepassing van de juridische fictie op de verhouding van de persoon tot zijn lichaam leidt al snel tot opvallende constructies. De *wrongful life*-fictie, zoals zij is toegepast door de Cour de Cassation in haar *Perruche*-jurisprudentie en door P-G Hartkamp in zijn conclusie bij het *Baby Kelly*-arrest, is daar een goed voorbeeld van. Op grond van deze fictie worden de aangeboren, chromosomale afwijkingen van een kind juridisch omgetoverd tot schade die het kind lijdt door een fout van een ander. De fictie is dat men doet *alsof* het kind zonder handicaps geboren had kunnen worden, terwijl deze handicaps in werkelijkheid inherent zijn aan zijn bestaan. Daarmee berust deze fictie op een medisch-biologische onmogelijkheid, hetgeen deze fictie onderscheidt van traditionele ficties. Het kind wordt daarbij niet alleen losgedacht van zijn handicaps, hetgeen weinig opzienbarend is gezien het abstractiegehalte van het juridische denkkader, maar ook wordt voor hem of haar de mogelijkheid gecreëerd zijn aangeboren, lichamelijke conditie tot inzet van een juridisch geschil te maken. Betoogd is dat op die manier niet zozeer een nieuw recht gestalte krijgt, als wel een nieuw rechtssubject. De *wrongful life* fictie resulteert in een vergaand gedecorporaliseerd en vergeestelijkt begrip van de juridische persoon. De juridische persoon vormt dan een lichaamloos subject dat, radicaal gescheiden als het is van zijn lichaam, zich in rechte tegen zijn lichamelijke gesteldheid kan verzetten.

Niet alleen zijn in dit hoofdstuk de verschillen tussen deze fictie en traditionele ficties als de vertegenwoordiging en de *nasciturus*-fictie behandeld, maar ook is de wrijving beschreven en geduid tussen enerzijds de artificialistische traditie, die in de *wrongful life*-fictie tot volle ontplooiing komt, en anderzijds meer naturalistische benaderingen van de *wrongful life* problematiek, waarin de

medisch-biologische causaliteit of de menselijke waardigheid tot uitgangspunt wordt genomen. Betoogd is dat de wrongful life-fictie weliswaar niet in strijd is met de uitleg van menselijke waardigheid als de gelijke waardigheid van ieder menselijk leven, zoals dat wel het geval leek te zijn met de constructie van de Hoge Raad in *Baby Kelly*, maar op een ander front botst met dit beginsel. Het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid vooronderstelt de eenheid en verbondenheid van persoon en lichaam. Zo is in hoofdstuk 3 beschreven hoe de menselijke waardigheid een belichaming van het rechtssubject tot stand brengt. Het is in dit opzicht dat de menselijke waardigheid en de artificialistische traditie in het recht met elkaar botsen.

Ook al kan de menselijke waardigheid eveneens als een juridische constructie worden opgevat, en is het mensbeeld van de menselijke waardigheid evengoed fictief te noemen, toch is hier sprake van twee fundamenteel verschillende ficties. In het geval van de wrongful life-fictie en andere voorbeelden van de fictio legis kan worden gesproken van technische ficties, terwijl de menselijke waardigheid moet worden opgevat als een *fiction protectrice*, een beschermende fictie. Kortom, de wrongful life-fictie is, hoewel in overeenstemming met de artificialistische traditie, strijdig met de meer naturalistische tradities, waarvan ook de menselijke waardigheid tot op zekere hoogte deel uitmaakt.

De manier waarop de persoon en zijn lichaam in de wrongful life-fictie als gescheiden grootheden worden gedacht, is kenmerkend voor de dualistische strekking die het technisch-juridische persoonsbegrip krijgt, wanneer deze categorie, ondanks haar technische karakter, wordt ingezet bij de normering van handelingen met het lichaam. Lichaamloos als dit persoonsbegrip is, kan het lichaam in dit kader slechts als een extern object worden weergegeven, dat is onderworpen aan de subjectieve rechten en beschikkingsmacht van het individu. Daarmee kan de bijzondere status die het lichaam in het bestaande recht heeft, en de verbondenheid met de persoon, via dit persoonsbegrip niet tot uitdrukking worden gebracht.

Bovendien, als dit persoonsbegrip wordt ingezet om handelingen met het menselijk lichaam te normeren, is het effect een ontologisering van dit in wezen technische persoonsbegrip. Die ontologie kan cartesiaans worden genoemd. Dat betekent dat wanneer men het technisch persoonsbegrip aanwendt om vragen over de verhouding van de persoon tot zijn lichaam te beantwoorden, men strikt genomen het technisch-juridische denkkader heeft verlaten. Het technisch-juridische persoonsbegrip wordt dan *de facto* getransformeerd tot een begrip met symbolische en ethische implicaties, en is dan niet meer zuiver technisch-juridisch te noemen.

Soortgelijke kritiek kan worden gemaakt aan het adres van degenen die het technische karakter van het juridisch persoonsbegrip tot een rechtsfilosofie hebben verheven. Deze artificialisten houden vast aan een begrip van de juridische persoon als een tegennatuurlijk construct dat losstaat van de mens uit de geleefde

werkelijkheid. Zij zijn met name in debat met rechtsgeleerden die de juridische persoon als een categorie opvatten die noodzakelijkerwijs betrokken is op de mens van vlees en bloed.

Hoewel artificialistische denkers als Yan Thomas tot scherpzinnige observaties over de constructivistische inslag van het recht komen, is de artificialistische positie in debatten over de juridische regulering van de medische biotechnologie weinig vruchtbaar. Juist in de regelgeving op dit terrein is te zien hoe in rechte aansluiting wordt gezocht bij de fysieke aspecten van het menselijk leven. Het recht is hierbij niet als tegennatuurlijk te kwalificeren, maar als een constructie waarin men ook het lichamelijke een plaats tracht te geven. Daarmee plaatst deze regelgeving zich vooral in de naturalistische traditie.

Bovendien koppelen juristen als Iacub en Cayla aan hun artificialistische benadering een pleidooi voor volledige lichamelijke zelfbeschikking. Zodra het artificiële gehalte van het lichaamloze, technisch-juridische persoonsbegrip echter wordt ingezet ter rechtvaardiging van lichamelijke zelfbeschikking, zijn de artificialistische argumenten enigszins misleidend en zelfs onhoudbaar. Wanneer men ervan uitgaat dat het juridische persoonsbegrip ethisch en metafysisch volkomen kleurloos is, zoals artificialisten doen, kan uit dit persoonsbegrip evenmin een recht op lichamelijke zelfbeschikking worden afgeleid. De argumentatie van Iacub en Cayla is daarmee niet puur technisch-juridisch van aard, maar maakt als normatieve positie deel uit van het juridisch-realistische debat over de onderliggende waarden van het rechtssysteem, zoals het juridische beginsel van de menselijke waardigheid.

Met andere woorden, de discussie dient te worden voortgezet binnen een juridisch-realistisch kader over de betekenis van menselijke waardigheid. Op die manier werkt de tegenstelling tussen artificialisten en realisten door in de interne spanning die het symbolisch-juridische persoonsbegrip kenmerkt, namelijk tussen de twee interpretaties van de menselijke waardigheid die in hoofdstuk 3 zijn beschreven. Binnen de discussie over de plaats en de interpretatie van het beginsel van de menselijke waardigheid keert een aantal belangrijke argumenten van de artificialisten terug. Zo kan men zich afvragen of juristen wel voldoende geëquipeerd zijn om invulling te geven aan een ethisch en antropologisch zo beladen begrip als de menselijke waardigheid is, en of bepaalde interpretaties van menselijke waardigheid niet berusten op een al te statisch en daarmee conservatief en onderdrukkend mensbeeld. Hierover meer in 8.8.

Doorslaggevend in deze juridisch-realistische discussie over de menselijke waardigheid is de vraag naar de aard van het vrijheidsideaal dat aan de mensenrechten ten grondslag ligt. Welke functie vervult de *fiction protectrice* van de vrije mens in het recht? Is de mens *van nature* vrij, en vormt het mensbeeld van het recht en de mensenrechten een afspiegeling van die natuurlijke vrijheid? Vanuit dit perspectief kan men bij de regulering van de biomedische ontwikkelingen volstaan met een combinatie van subjectieve rechten en zelfbeschikking. Of kan er slechts van menselijke vrijheid sprake zijn onder bepaalde omstandigheden?

Kan men pas daadwerkelijk gebruik maken en genieten van zijn vrijheid als er is voldaan aan een aantal voorwaarden? Volgens deze benadering is het mogelijk dat bepaalde biomedische ontwikkelingen uitmonden in een ondermijning van de menselijkheid van de mens, en daarmee in de basisvoorwaarden voor menselijke vrijheid. Op die manier zou er een humaniserende taak voor het recht zijn weggelegd bij de regulering van de medische biotechnologie. Volgens deze opvatting kan vrijheid slechts gestalte krijgen in een bepaalde institutionele context zoals met name de rechtsorde is. De juridische persoonlijkheid kan als de rechtsfiguur bij uitstek worden gezien waarin die institutionele waarborg tot uiting komt.

Als de juridische bemiddeling en het lidmaatschap van de rechtsgemeenschap ontstaansvoorwaarden zijn voor de menselijke vrijheid, en überhaupt, voor de bescherming van de menselijke persoon, dan vervult het recht een humaniserende functie in de samenleving, in het Franse debat ook wel een *fonction anthropologique, dogmatique* of *symbolique* genoemd. Op deze symbolische functie werd gedoeld in de geciteerde passage van Fabre-Magnan, waarin zij de artificialisten contrasteerde met de groep juristen die van mening zijn dat “le droit a anthropologiquement un rôle à jouer dans l’institution de la raison humaine”. Ook in het juridisch manifest van Labrusse-Riou en Mathieu uit *Le Monde* zagen we hoe de juristen die het manifest ondertekenden zichzelf beschreven als “soucieux de la fonction anthropologique et éthique du droit.”<sup>1235</sup>

In de volgende twee hoofdstukken zal niet alleen worden ingegaan op deze antropologische functie van het recht, maar vooral ook op de mogelijke *inhoud* van een dergelijk *substantieel* juridisch persoonsbegrip. We hebben in dit hoofdstuk gezien hoe de inherente leegheid van het technisch-juridische persoonsbegrip in de weg staat aan een juridische voorstelling van het lichaam via dat persoonsbegrip. Weliswaar kan het technische persoonsbegrip in theorie worden toegepast op het lichamelijk domein, maar in de praktijk plaatst het zichzelf daarmee buiten een technisch-juridisch kader, om een juridisch-ontologische context te betreden. Met andere woorden, de discussie over de plaats van het lichaam in het recht dient te worden voortgezet binnen een beschouwing over de mogelijke *invulling* van het persoonsbegrip. Bij deze inkleuring van het persoonsbegrip ligt voortdurend het gevaar van een versteend en daardoor onderdrukkend mensbeeld op de loer. De centrale vraag is daarom hoe men in het positieve recht een nadere inkleuring aan het juridische persoonsbegrip kan geven, niet alleen om de kloof tussen recht en biologische werkelijkheid te overbruggen, maar ook om de mogelijkheden voorwaarden voor menselijke vrijheid in het biomedisch tijdperk veilig te stellen.

Om die vraag te beantwoorden komen hierna twee alternatieve benaderingen van de juridische persoon aan bod: een biologisch-juridische en een

1235 C. Labrusse-Riou en B. Mathieu (Labrusse-Riou en Mathieu 2000b), “La vie humaine peut-elle être un préjudice?”, *D.* 2001-44, p. III; en C. Labrusse-Riou en B. Mathieu (Labrusse-Riou en Mathieu 2000a), “La vie humaine comme préjudice”, *Le Monde* 24 november 2000.

symbolisch-juridische benadering van de mens in het recht. Via deze inhoudelijke persoonsbegrippen wordt de relatie tussen recht en biologische werkelijkheid op verschillende manieren vormgegeven en bemiddeld. Men kan zich daarbij afvragen tot welke hoogte de juridische persoon in deze benaderingen een biologische invulling krijgt. In hoeverre kan bijvoorbeeld het lidmaatschap van de mensengemeenschap gelijkgesteld kan worden aan de biologische lidmaatschap van het menselijke ras? En in welke mate is de beschermwaardigheid van het embryo en het lichaam afhankelijk van biologische criteria?

Doordat dergelijke criteria oorspronkelijk afkomstig zijn uit de biomedische wetenschap, en op die manier de invloed uit de biologische en geneeskundige hoek op het recht groeit, kan bovendien de verhouding van het recht tot de wetenschap ter discussie worden gesteld. In hoeverre blijft het recht bij de corporalisering van het persoonsbegrip nog wel zelfstandig ten opzichte van de biomedische wetenschap? Wanneer het recht in toenemende mate onder invloed van de biologische en medische wetenschap komt te staan, kan men zich gaan afvragen of het recht überhaupt nog zijn autonome, symbolische functie kan vervullen. Daarnaast kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de wijze waarop een dergelijke symbolische functie concreet gestalte in het recht krijgt. Kan het gevaar van essentialisme en conservatisme worden vermeden bij deze concretisering en corporalisering van de juridische persoon, zonder te vervallen in nietszeggendheid?



## 7 De biologisering van het juridische persoonsbegrip

### Inleiding

In de voorgaande pagina's is de technisch-juridische persoon beschreven als een vergaande abstractie van de mens uit het dagelijkse leven, een product van juridisch nominalisme. De technische ficties illustreerden de kunstmatige aard van dit persoonsbegrip daarbij het duidelijkst. Tegelijkertijd kwam naar voren dat het rechtssysteem zichzelf beperkingen oplegt bij de creatie en toepassing van deze technische ficties. Het technische persoonsbegrip en bijbehorende ficties zijn weliswaar juridische artefacten, maar volgens de meeste rechtsgeleerden mag het recht zich via deze artefacten niet al te zeer van de geleefde werkelijkheid verwijderen. Zoals Scholten deze gedachte bondig formuleert: "de feitelijke basis is voor het recht een gegeven, die maakt het niet."<sup>1236</sup> In Frankrijk ontstond die kritiek met name naar aanleiding van de wrongful life-fictie van de Cour de Cassation.

Sommige rechtsgeleerden ontleenden hun argumenten ter begrenzing van het gebruik van de fictie aan een biologisch-juridische redenering: het recht mag niet apert in tegenspraak zijn met de natuurwetten en het causaliteitsbegrip van de biologie en de geneeskunde. Aan deze redenering ligt een *biologisch-juridisch mensbeeld* ten grondslag, dat in het recht in verschillende vormen is te herkennen. In Frankrijk werd echter vooral "de antropologische functie van het recht" tegen de fictie en de uitspraak van de Cour de Cassation in stelling gebracht. Deze visie vertrekt vanuit een *symbolisch-juridisch persoonsbegrip*, dat met name werkzaam is in de context van de mensenrechten. Beide benaderingen contrasteren op hun eigen manier de mens uit de geleefde werkelijkheid met het artificiële persoonsbegrip van de technisch-juridische benadering. Met andere woorden, we kunnen hier een nieuw soort "opstand der feiten" tegen het recht in lezen, in dit geval ter begrenzing van het gebruik van de fictie en, meer algemeen, tegen een al te kunstmatige rechtsopvatting.

Het verschil tussen een technisch-juridische benadering aan de ene kant, waarin de persoon louter als allocatiepunt van rechten en plichten wordt beschouwd, en meer substantiële juridische benaderingen aan de andere kant, waarin de

---

<sup>1236</sup> P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel 1*, Zwolle: Tjeenk Willink 1974 (Asser/Scholten 1974), p. 52.



persoon in zijn menselijkheid of lichamelijkheid wordt beschermd, is terug te zien in het juridische taalgebruik. De persoon in technisch-juridische zin wordt meestal aangeduid via de juridische hoedanigheid waarin het individu in de specifieke, juridische context functioneert, zoals *belanghebbende*, *verkrijger*, *eigenaar*, *verdachte* of *echtgenoot*. Daarnaast wordt er veelal in termen als *persoon* of *partij* gesproken.

In de context van de mensenrechten of de regulering van de medische biotechnologie daarentegen, wordt het individu meer als mens in algemene zin of als lid van de mensheid benaderd. Dat blijkt mede uit de gebruikte terminologie. Veelal wordt gesproken van *een ieder* (“everyone”, “toute personne”), zoals in artikel 2 EVRM: “het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet.” Het was de uitleg van deze term die ter discussie stond in de Vo-uitspraak van het Europese Hof.<sup>1237</sup> Een andere veel voorkomende formulering is *de mens* (“human being”, “être humain”), zoals in de beroemde formulering van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (UVRM): “alle mensen worden vrij en gelijk in waardigheid en rechten geboren”,<sup>1238</sup> of gewoonweg in de formulering “rechten van de mens” (“human rights”, “droits de l’homme”).<sup>1239</sup> Wanneer in abstracto over het subject van de mensenrechten wordt gesproken is *menselijke persoon* (“human person”, “personne humaine”)<sup>1240</sup> de meest geëigende term, zo zagen we eerder. Andere termen die worden gebruikt zijn: *individu*,<sup>1241</sup> *individuele mens*,<sup>1242</sup> *leden van de mensengemeenschap* (“members of the human family”),<sup>1243</sup> *lid van de menselijke soort* (“member of the human species”)<sup>1244</sup> of gewoon *persoon*.

De termen hebben niet allemaal een zelfde lading en reikwijdte. Om het nog verwarrender te maken lopen de Nederlandse termen bovendien niet altijd volledig parallel met bijvoorbeeld de Engelse of Franse formuleringen. Zo wordt in het ene geval *human person* met *mens* vertaald,<sup>1245</sup> in het andere geval met *menselijke persoon*.<sup>1246</sup> Bovendien geven deze terminologische verschillen weinig inzicht in de precieze effecten van biologisering en symbolisering op de juridische persoonlijkheid. Om die reden worden in dit hoofdstuk en het volgende de biologisch-juridische en symbolisch-juridische constructies geanalyseerd die als reactie op de medische biotechnologie tot zijn gebracht. Daarbij wordt met name ingegaan

<sup>1237</sup> Zie 4.3.

<sup>1238</sup> Art. 1 UVRM.

<sup>1239</sup> In de titels van de mensenrechtenverdragen.

<sup>1240</sup> In de preambule van het IVBPR en art. 10 IVBPR.

<sup>1241</sup> Preambule UVRM.

<sup>1242</sup> Preambule IVBPR.

<sup>1243</sup> Preambule IVBPR en UVRM.

<sup>1244</sup> Preambule VRMB.

<sup>1245</sup> Zoals in de preambule van de UVRM waar “the dignity and worth of the *human person*” wordt vertaald met “de waardigheid en de waarde van de *mens*”.

<sup>1246</sup> Zoals in de preambule van het IVBPR waar “the inherent dignity of the *human person*” wordt vertaald met de “inherente waardigheid van de *menselijke persoon*”.

op de verbindingen die deze persoonsbegrippen tussen recht en geleefde werkelijkheid tot stand brengen.

Dit hoofdstuk wordt aan het biologisch-juridische mensbegrip en de verschillende aspecten van de biologisering van het recht gewijd. Hoewel de biologische dimensie van het leven onvermijdelijk in enige mate haar weg naar het recht vindt, zoals via de grenzen van de dood, de geboorte, de afstamming en het sekseverschil, kan men zich afvragen of het recht niet principieel een bepaalde distantie en autonomie ten opzichte van de biologische werkelijkheid dient te houden. Op het moment dat het onderscheid tussen de persoon van het recht en de mens uit de biomedische werkelijkheid dreigt weg te vallen, verliest het recht zijn kritische distantie ten opzichte van de biomedische wetenschap en de biomedische 'feiten'. Ofwel, vergaande biologisering van het recht betekent ook een onderwerping van het recht aan wetenschappelijke belangen. Nog belangrijker is dat in het biologisch mensbeeld geen recht wordt gedaan aan de mate waarin de mens zijn eigen bestaan vorm geeft, en zich aan zijn biologische voorbestemming kan onttrekken.

Kortom, de mens van het recht is meer dan de mens in zijn fysieke dimensie. Tegelijkertijd is het onvermijdelijk dat het recht bij de regulering van de nieuwe biomedische praktijk notie neemt van de lichamelijke aspecten van het lichamelijk bestaan. De vraag is hoe de juiste balans kan worden bereikt. Waar liggen de grenzen van de huidige biologisering? Tot welke hoogte is de persoon in het recht verbonden met de mens van vlees en bloed?

Voorafgaand aan de analyse van het biologisch-juridische persoonsbegrip, wordt de invloed van de biologische en symbolische benadering bij de *afbakening* en *attributie* van het technisch-juridisch persoonsbegrip kort geschetst, zodat een eerste indruk van de onderlinge samenhang van de persoons- en mensbegrippen kan worden gekregen. Die samenhang laat zich als volgt samenvatten: hoewel de persoon in technisch-juridische zin een abstractie vormt van de mens uit de geleefde werkelijkheid, wordt de juridische persoonlijkheid in het huidige rechtssysteem afgebakend door de biologische grenzen van geboorte en dood, en vormt zij het object van een onvervreemdbaar recht dat aan een ieder gedurende zijn leven toekomt (7.1).

De regelgeving op het terrein van de medische biotechnologie richt zich onvermijdelijk tot het rechtssubject in de lichamelijke aspecten van zijn leven. Dat heeft een zekere 'belichaming' van het rechtssubject tot gevolg. Het lichaam vormt niet langer uitsluitend een onveranderlijke en natuurlijke realiteit die stilzwijgend door het recht wordt voorondersteld, maar wordt als gevolg van de biomedische mogelijkheden om doelbewust veranderingen in het lichaam teweeg te brengen steeds meer ook door het recht vormgegeven. Dat betekent dat de juridische en biologische werkelijkheid dichterbij elkaar komen te staan.

Een van de keerzijden van de nieuwe wisselwerking tussen recht en biologie is echter dat het recht en zijn categorieën daarbij ondergeschikt dreigen te worden gemaakt aan het biologische en genetische discours. In dat verband wordt ook wel van een doorgeschooten biologisering of genetisering van het recht gesproken. De vraag is vanaf welk moment de biologisering van het recht ten koste gaat van het beeld van de menselijke persoon als vrij en gelijk in waardigheid (7.2).

Voor een antwoord op die vraag is het noodzakelijk om te bezien hoe en in welke mate biologische en medische criteria en categorieën doorwerken in het huidige rechtssysteem. Door de opkomst van de medische biotechnologie is reflectie over de relatie tussen het recht en de biologische aspecten van het menselijk bestaan onmisbaar geworden. Enerzijds kan men bij de normering van deze ontwikkelingen niet om een zekere incorporatie van biologische elementen in het recht heen. Anderzijds kunnen de biologische grenzen van het menselijk bestaan niet meer als onbetwistbare basisgegevens van de rechtsorde functioneren, nu deze grenzen in de biomedische praktijk vloeibaar worden. Deze ambiguïteit levert bij de regulering van deze materie een ondoorzichtige vermenging van recht en biologie op (7.3).

Ondanks de mogelijkheden om de 'natuurlijke' kenmerken en grenzen van het menselijk bestaan te verleggen en te veranderen, worden deze kenmerken en grenzen nog altijd aangegrepen om meningsverschillen over biomedische kwesties te beslechten. Naturalistische en biologistische argumenten blijven ook in het biomedisch tijdperk populair. Wat het juridisch persoonsbegrip betreft is daarbij vooral tekenend dat men de neiging vertoont ook de menselijke waardigheid als een eigenschap op te vatten die samenhangt met een bepaalde biogenetische constitutie. In dat verband kan van een genetisering van de mensenrechten worden gesproken. In deze paragraaf wordt met name ingegaan op het bioconservatieve gedachtegoed, een stroming die zeer kritisch is over de mogelijke gevolgen van humane biotechnologie. In deze opvatting worden ingrepen in de biologische constitutie van de mens opgevat als een verstoring van de 'natuurlijke' en daarmee beschermwaardige orde. In deze paragraaf zal blijken dat uiteindelijk ook aan het bioconservatieve perspectief een vorm van biologisch determinisme ten grondslag ligt. In dit onderzoek wordt daarentegen beargumenteerd dat de effecten van de medische biotechnologie waartegen men de menselijke persoon via de huidige bioethische regelgeving wil beschermen niet zozeer biologisch als wel symbolisch van aard zijn (7.4).

De verweving van recht en biomedische wetenschap kan beter worden begrepen tegen de achtergrond van de opkomst en verbreiding van *biomacht* en *biopolitiek*, om twee invloedrijke termen van Foucault gebruiken (7.5). Het biorecht is te beschouwen als een recente verschijningsvorm van biomacht. We zullen zien dat Foucaults analyse van biomacht aanleiding geeft tot verdere kritiek op de biologisering van het recht.

Voor een uitwerking van die kritiek is verdere reflectie over de relatie van het recht tot de biomedische wetenschap vereist. In die relatie zijn hoofdzakelijk twee

knelpunten te onderscheiden. Een eerste voor de hand liggend probleem is dat via de biologisering van het recht de biomedische feiten in wezen tot juridische normen worden verheven. Wanneer biologische grenzen en feiten de doorslag gaan geven in kwesties van juridische en morele aard, wordt de kloof tussen *Sein* en *Sollen* overbrugd, en wel tegen een bepaalde prijs: de normen van het recht komen in dienst te staan van de feiten die de biomedische wetenschap poneert. De juridische categorie van de persoon wordt ondergeschikt gemaakt aan een biologisch mensbeeld, het recht wordt geïnstrumentaliseerd. Daarmee raken we aan meer algemene vragen over de verhouding van het recht tot de wetenschap. Juist bij de regulering van nieuwe biomedische technieken doet zich bovendien nog een ander probleem voor: in de context van de hedendaagse antropotechnieken hebben biologische feiten en grenzen geen vaste, onveranderlijke basis meer te bieden. Het revolutionaire karakter van de biomedische wetenschap schuilt immers in de wijze waarop zij het voorheen ontoegankelijke domein van de natuur in biologische zin open stelt voor menselijke handelingen en keuzen (7.6).

Inzichten uit de hedendaagse wetenschapsfilosofie kunnen bijdragen aan een beter begrip van de verhouding tussen recht en wetenschap (7.7). Daarbij wordt voornamelijk gebruik gemaakt van het werk van Bruno Latour. Latours kijk op de wetenschappelijke praktijk zet aan tot een nieuwe taakverdeling tussen recht en wetenschap.

Vervolgens wordt nader ingegaan op het verschil tussen een biologisch-juridische en symbolisch-juridische benadering van de mens. Waar een doorgeslagen biologisering in kan resulteren maakt de geschiedenis duidelijk. Onderdeel van de gruwelijkheden van de Tweede Wereldoorlog was de fundamentele negatie van de symbolische functie van het juridisch persoonsbegrip, en de uitgekledde, biologische benadering van de mens die daarvoor in de plaats werd gesteld (7.8). Hannah Arendts analyse van de dehumanisering die plaats vond onder het nazi-regime, en de rol die het ontnemen van de juridische persoonlijkheid daarbij had te vervullen, leidt tot een nadere articulatie van de functie van het juridisch persoonsbegrip. Daarbij blijkt dat de rechtscategorie van de persoon ook beschermt tegen de reductie van de mens tot slechts een wezen van vlees en bloed (7.9). Arendts analyse van de praktijk van ontrecting leidt daarnaast tot kritiek op een al te statische uitleg van de mensenrechten. Volgens een letterlijke lezing van de mensenrechten is een ieder van nature, ofwel zonder tussenkomst van het recht of andere maatschappelijke instituties, reeds persoon. Daarmee gaat men volgens Arendt, maar bijvoorbeeld ook Ricoeur, voorbij aan de voorwaarden waaronder men zich überhaupt als een vrije persoon kan ontplooien. Met andere woorden, daarmee wordt de humaniserende functie van het juridisch persoonsbegrip ontkend (7.10).

Aan de hand van werk van de Italiaanse rechtsfilosoof Giorgio Agamben, wiens gedachtegoed invloedrijk is in de Franse rechtstheorie, wordt vervolgens ingegaan op het nazistische rechtssysteem dat gekenmerkt werd door het streven

om juridische normen te vervangen door biologische wetten (7.11). Agamben trekt zijn conclusies van zijn analyse bovendien door naar de huidige biomedische praktijk.

Arendts en Agambens analyses maken duidelijk hoe het recht een principiële afstand dient te bewaren tot de biologische feiten, en waarin het streven om die afstand te overbruggen kan resulteren. Foqué en 't Hart spreken in dat verband van de principiële *contrafacticeit van rechtsbegrippen*. De juridische persoon beschrijven zij als het contrafactische rechtsbegrip bij uitstek.

## 7.1 De inbedding en inkleuring van het technisch-juridisch persoonsbegrip

Volgens het Nederlandse recht zijn er twee typen juridische persoon in technische zin: de *natuurlijke persoon* en de *rechtspersoon* (artikel 2:5 BW). Het adjectief “natuurlijk” is enigszins verwarrend in deze context. Uiteraard is ook de natuurlijke persoon als deel van het technisch-juridisch persoonsbegrip een abstractie van de concrete mens, ofwel een artefact dat de allocatie van rechten en plichten dient. De benaming “natuurlijk” is slechts bedoeld om binnen het technisch-juridisch persoonsbegrip onderscheid te maken tussen de natuurlijke persoon en de rechtspersoon.

Toch kent de natuurlijke persoon wel degelijk een aantal “natuurlijke” kenmerken: de natuurlijke persoonlijkheid ontstaat bij de geboorte, en eindigt met de dood. De nasciturus-fictie vormt een enkele uitzondering op deze hoofdregel, evenals het rechtsvermoeden van de dood bij vermissing. Juridische constructies als de *mort civile*<sup>1247</sup> en de fictie van het *ius postliminii*,<sup>1248</sup> die de grenzen van de dood en de geboorte van oudsher relativeerden, kent het recht in deze tijd niet meer. Met andere woorden: hoewel de grenzen van de technisch-juridische persoonlijkheid niet op voorhand vastliggen, wordt in de huidige praktijk in hoofdlijn de logica van de geleefde werkelijkheid gevolgd. In deze ‘natuurlijke’ begrenzing van de technisch-juridische persoon is de invloed van een biologische benadering van de mens in het recht zichtbaar, waarover meer in dit hoofdstuk. Op die manier legt de biologische werkelijkheid een aantal beperkingen op aan de mogelijkheden van de technisch-juridische verbeelding.

1247 In art. 4 BW *oud* werd de burgerlijke dood expliciet uit het Nederlandse recht geweerd: “Geenerlei straf heeft den burgerlijken dood of het verlies van alle de burgerlijke regten ten gevolge.” Deze bepaling is niet in het nieuwe BW opgenomen, aangezien een dergelijke bepaling in de Grondwet zou thuishoren (*Parlementaire geschiedenis*, p. 11; vergelijk Asser/De Boer 2006, nr. 29). Daarnaast is de *mort civile* vooral bekend uit de Franse rechtsgeschiedenis, zie bijvoorbeeld art. 25 Code Napoléon.

1248 Het herstel van rechten na terugkeer uit krijgsgevangenschap, waarbij de burgerlijke dood die de krijgsgevangene was gestorven wordt weggefingerd. Bekend uit het Romeinse recht, zie bijv. Digesten 49, 12, 25.

Naast deze *chronologische begrenzing* van het technische persoonsbegrip via de wetten van de biologie,<sup>1249</sup> oefent een substantieel persoonsbegrip invloed uit bij de *attributie* van de technisch-juridische persoonlijkheid. In het hedendaagse rechtssysteem is de technisch-juridische persoonlijkheid tot een attribuut geworden waarop een ieder “van nature” een onvervreemdbaar recht heeft. Het eerste artikel van het Burgerlijk Wetboek vormt in dat opzicht een goed voorbeeld: “Allen die zich in Nederland bevinden, zijn vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten” (artikel 1:1 lid 1 BW). Bijzonder aan dit artikel is dat met het woord “allen” naar de mens uit de geleefde werkelijkheid wordt verwezen. In deze bepaling wordt een brug geslagen tussen het technisch-juridisch persoonsbegrip van het privaatrecht en het symbolisch-juridisch persoonsbegrip van de mensenrechten. Op die manier komen in dit stukje ‘privaatrechtelijk natuurrecht’ *persona* en *homo*, ofwel juridische persoon en mens van vlees en bloed, nader tot elkaar. Daarmee treedt artikel 1:1 BW in de voetsporen van het in de mensenrechtenverklaringen verankerde recht van een ieder “om als persoon erkend te worden voor de wet” (artikel 6 UVRM en artikel 16 IVBPR), waaraan reeds in hoofdstuk 2 werd gerefereerd.

In de mensenrechtelijke redenering is de attributie van technisch-juridische persoonlijkheid onlosmakelijk verbonden met de beginselen van rechtsgelijkheid en menselijke waardigheid. Waar de attributie van de persoonlijkheid in de rechtspositivistische argumentatie het product is van de politieke besluitvorming van het moment, daar wordt zij volgens het natuurrecht tot het object van een onvervreemdbaar, tijdloos en universeel recht, een reflectie van de fundamentele vrijheid en gelijkheid van alle burgers voor het recht. Via het recht op rechtssubjectiviteit wordt tot uitdrukking gebracht dat erkenning als rechtssubject, als punt van juridische en morele toerekening en dus ook als een individu dat verantwoordelijkheid kan dragen voor zijn handelen, noodzakelijk is voor een ieders functioneren als menselijke persoon. In tegenstelling tot het Romeinse recht, waarin slaven als *res* konden worden buitengesloten van de juridische persoonlijkheid, bestaat er in de hedendaagse mensenrechtenverklaringen een absoluut verbod op slavernij (artikel 4 EVRM, artikel 8 IVBPR, artikel 4 UVRM). Met andere woorden, de *attributie* van het technisch-juridische persoonsbegrip wordt in de huidige rechtsorde bepaald door het persoonlijkheidsbeginsel (zie 6.3).

Aangezien het technisch-juridische persoonsbegrip wordt afgebakend door de biologische grenzen van de dood en de geboorte, en bovendien op grond van men-

1249 Volgens Thomas is deze begrenzing een erfenis van het canonieke recht: “De la vision chrétienne d'un droit nécessairement incorporé, il resta, jusque dans notre droit moderne, la nécessité qu'entre le sujet concret et la personne, entre la vie et le droit, entre la temporalité naturelle d'un être et la temporalité juridique d'un sujet de droit, une double jonction devait être assurée: celle de la naissance et celle de la mort” (Y. Thomas, “Le sujet concret et sa personne. Essai d'histoire juridique rétrospective”, in: O. Cayla en Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Gallimard/Le Débat 2002, p. 139).

senrechtelijke bepalingen aan alle mensen toekomt, lijken het symbolisch-juridische persoonsbegrip, het biologisch-juridische mensbegrip en het technisch-juridische persoonsbegrip nog maar in weinig opzichten van elkaar te verschillen. De ontologische, realistische traditie enerzijds en de nominalistische, artificialistische traditie anderzijds zijn voor een deel met elkaar versmolten. Sterker nog, deze tradities zijn dermate met elkaar verweven geraakt, dat het rechtssubject afhankelijk van de juridische context verschillende mengvormen vertoont. Juridische ontwikkelingen zoals de constitutionalisering van het privaatrecht,<sup>1250</sup> de opkomst van het algemeen persoonlijkheidsrecht,<sup>1251</sup> de erkenning van aantastingen in de persoon als bron van smartengeld,<sup>1252</sup> en de horizontale werking van grondrechten,<sup>1253</sup> hebben een dergelijke vermenging nog verder in de hand gewerkt.

Zoals diverse malen benadrukt, is de oorzaak van de schijnbaar eindeloze rechtstheoretische discussies over de status van het embryo en het lichaam met name deze onduidelijke vermenging van de verschillende persoonsbegrippen. Voor een beter begrip van de wijze waarop het lichamelijk domein binnen het recht wordt gerepresenteerd, is het echter noodzakelijk om deze begrippen zo goed als mogelijk van elkaar te onderscheiden. Ondanks de versmelting van de persoonsbegrippen, verschillen hun functies in het recht wezenlijk van elkaar.

Het is precies op dit punt dat Thomas' analyse uiteindelijk te kort schiet. Zijn karakterisering van het recht als wezenlijk tegennatuurlijk biedt geen ruimte om te onderzoeken hoe en wanneer er in het recht aansluiting wordt gezocht bij de biologische werkelijkheid. Evenmin is er in zijn rechtsopvatting plaats voor de mensenrechtelijke benadering en het daarin vervatte begrip van de menselijke natuur, ook al maakt die traditie even goed deel uit van het positieve recht, en ook al laat hij deze traditie uitgebreid de revue passeren in zijn geschiedenis van het persoonsbegrip. Met andere woorden, zijn postmoderne denkkader laat het niet toe om de overige twee persoonsbegrippen in al hun facetten te conceptualiseren.

1250 Zie onder meer J.H. Nieuwenhuis, "De Constitutie van het burgerlijk recht", *RM Themis* 2000/6, p. 203-211; J.M. Smits, "Constitutionalisering van het vermogensrecht", in: *Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-163.

1251 In de arresten *Valkenhorst* en *Parool/Van Gasteren*, zie hierover 3.1.4. Voor een algemene beschouwing, zie onder meer A.J. Nieuwenhuis, *Tussen privacy en persoonlijkheidsrecht. Een grondrechtelijk en rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen 2001; R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland* (diss. Utrecht), Deventer 2002; H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid* (diss. Maastricht), Den Haag 2003.

1252 Zie over de werking van persoonlijkheidsrechten bij de toekenning van vergoeding voor immateriële schade A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

1253 Zie onder meer L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1992; C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 373-375; B.P. Vermeulen (1992b), "Horizontale werking van grondrechten", *Nemesis* 1992-6, p. 5-9; Van der Pot/Donner/Prakke 2001, p. 246 e.v.



Daarmee treedt een vermenging op theoretisch vlak van de drie persoons- en mensbegrippen op. Vanuit een dergelijk perspectief vervult ook het subject van de mensenrechten slechts een technische functie in het recht. Edelman verwoordt het bezwaar tegen een dergelijke vermenging als volgt:

“[...] en télescopant sujet de droit et personne humaine, on construit cette dernière sur un modèle technique; on en fait, au sens propre, une machine juridique, décorporalisée, une sorte de robot qui peut supporter l'anti-nature.”<sup>1254</sup>

Beter dan het bestaan van een van de juridische persoons- en mensbegrippen op grond van een artificialistische, naturalistische of ontologische rechtsopvatting weg te redeneren, kan men proberen de mate van complementariteit of wederzijdse exclusie die tussen deze begrippen bestaat, te benoemen. Zo bevinden het technische en het symbolische persoonsbegrip zich op meerdere fronten in een rechtstheoretisch spanningsveld, waarin belangrijke thema's van de rechtstheorie, zoals de verhouding tussen rechtssubject en rechtsgemeenschap, subjectief en objectief recht, recht en moraal, publiek- en privaatrecht, en recht en geleefde werkelijkheid, zijn te herkennen. Sinds de opkomst van biomedische technieken beginnen de tegenstellingen tussen beide persoonsbegrippen steeds meer in het oog te springen.

Maar ook het biologisch-juridische mensbeeld staat op gespannen voet met de symbolische dimensie van het juridisch persoonsbegrip. Al hoewel beide benaderingen de discrepantie tussen het rechtssubject en de mens uit de geleefde werkelijkheid beogen te verkleinen, gaat de biologisch-juridische benadering daarin aanzienlijk verder, op het gevaar af dat het onderscheid tussen het recht en de biologische feiten nauwelijks meer te maken is.

Vanuit symbolisch-juridisch perspectief staat daarentegen de symbolische bemiddeling en duiding van biologische grenzen voorop, waarbij met name een rol is weggelegd voor de fundamentele waarden en beginselen die aan de mensenrechtenverdragen ten grondslag liggen. De mens van de mensenrechten is geen biologische categorie, hoewel de terminologie van de verdragen dat soms lijkt te suggereren, zoals wanneer wordt gesteld dat alle mensen vrij en gelijk worden geboren,<sup>1255</sup> of dat men als lid van de *menselijke soort* respect verdient.<sup>1256</sup> In gelijke zin benadrukt de Franse hoogleraar internationaal publiekrecht Delmas-Marty het onderscheid tussen het biologische en mensenrechtelijke mensbeeld:

“A travers la notion de droits “de l'homme” [...] puis plus explicitement avec le crime contre “l'humanité”, l'humanité a pris une signification éthique et juridique qui marque une distance par rapport aux données biologiques connues. Quelles

1254 B. Edelman, “L'arrêt *Perruche*: Une liberté pour la mort ?”, *Recueil Dalloz* 2002, nr. 30, p. 2352.

1255 Zoals in art. 1 UVRM.

1256 Zoals in de preambule van het Biogeneeskunde-verdrag van de Raad van Europa.



que soient les hypothèses religieuses, philosophiques ou neuronales imaginées pour expliquer la difficulté d'articulation entre l'universel et l'historique, c'est un fait que l'homme des droits de l'homme s'affirme au-delà de ce que l'on connaît de l'homme biologique et que l'humanité qui sous-tend le crime contre l'humanité comporte autre chose que ce que l'on connaît de l'espèce biologique.”<sup>1257</sup>

Zoals in het volgende hoofdstuk nog zal blijken, verzet de symbolische lading van dit mensenrechtelijk persoonsbegrip zich zelfs tegen biologisch of naturalistisch reductionisme. Tussen de rechtscategorie van de persoon en de empirische werkelijkheid dient een afstand te bestaan, een afstand waarin de vrijheid van de mens gestalte krijgt en kan worden gewaarborgd. Zoals 't Hart deze fundamentele gedachte uitdrukt:

“Het rechtssubject is geen afbeelding van een ‘natuurlijke’ mens en valt daarmee niet samen: juist hierin valt de kern van de rechtsbescherming aan te duiden. [...] Het recht [kan] alleen zijn beschermende functie vervullen indien het niet verstart in werkelijkheidswaan.”<sup>1258</sup>

Desondanks begint de persoon in het recht in toenemende mate biologische trekken te vertonen. Een van de antwoorden van het recht op de uitdagingen van de biomedische techniek lijkt gelegen te zijn in een biologisering van het juridische begrippenkader. Hoewel het juridisch persoonsbegrip van oudsher een aantal biologische kenmerken kent, wijzen verschillende juridische ontwikkelingen op een verdere annexatie van het juridisch persoonsbegrip door de biologie.

## 7.2 De verschijning van het menselijk lichaam in het recht

Kon het traditionele rechtssysteem volstaan met een lichaamloos persoonsbegrip, nu er steeds frequenter een beroep op het recht wordt gedaan ter regulering van de biotechnologische antropotechnieken, begint de afwezigheid van het lichaam in het juridische denkkader zich te wreken. Innovatie van het rechtssysteem via de introductie van nieuwe juridische concepten (zoals de hybride rechtscategorieën van *lichaamsmateriaal* en het *rest-embryo* die het midden tussen een persoon en zaak houden) of hernieuwde interpretaties van bestaande concepten (zoals de juridische persoon, het recht op lichamelijke integriteit en het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid) zijn nodig gebleken. Deze aanpassingen van het rechtssysteem aan de nieuwe, vergaande mogelijkheden tot ingrijpen in

1257 M. Delmas-Marty, “Certitude et incertitudes du droit”, in: H. Atlan, M. Augé, M. Delmas-Marty, R.-P. Droit en N. Fresco, *Le clonage humain*, Parijs: Seuil 1999, p. 71-72.

1258 A.C.'t Hart, *Recht als schild van Perseus. Voordrachten over strafrechtstheorie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer 1991, p. 69-70.

het menselijk lichaam verlopen echter moeizaam. Een van de redenen is dat het vrijwel onmogelijk is gebleken om politieke consensus te bereiken in deze ethisch en cultureel beladen kwesties, zodat het in de praktijk noodgedwongen de rechter is die het voortouw neemt bij de normering van dit nieuwe veld. Een nog belangrijkere reden is dat de mogelijkheden van de medische biotechnologie raken aan een aantal centrale vooronderstellingen van het rechtssysteem, zoals het onderscheid tussen persoon en zaak, en de onveranderlijkheid van de natuur.

Voor de auteurs van het boek *Moderne biotechnologie en recht* vormen de haperingen die het rechtssysteem op dit gebied vertoont een teken dat het recht aan de vooravond van een paradigmawisseling staat. Bij technologische ontwikkelingen van deze aard moet het recht zich “over de hele linie instellen op de nieuwe technologie,” zo betogen zij. De auteurs beschrijven de omwenteling die binnen het recht plaats heeft als gevolg van de biotechnologische revolutie in de volgende termen:

“Onze rechtsregels reflecteren mens- en natuurbeliden, die uitgaan van de onveranderlijkheid van het leven, dat als erfelijk gegeven vastligt, en waarvan de structuur, begin en einde slechts door de Natuur (de Schepper) kunnen worden gewijzigd. De moderne biotechnologie stelt dat ‘voorbeeldige’ dogma van de onveranderlijkheid van de overgeërfde natuur ter discussie. Dat deden in zekere zin mechanische en chemische technologieën ook al, omdat zij het natuurlijk aanzien van de aarde ingrijpend hebben veranderd. Een verandering van de erfelijke code zelf is evenwel van veel fundamenteelere aard.”<sup>1259</sup>

Dergelijke verschuivingen van paradigmatische aard in het recht zijn onder meer af te lezen aan de tekortkomingen die de bestaande kernbegrippen en -beginselen beginnen te vertonen als gevolg van de nieuwe ontwikkelingen. In het vorige hoofdstuk is beschreven hoe de biomedische revolutie inderdaad oproept tot een aanvullende interpretatie van één van de centrale categorieën van het recht: de categorie van de persoon. Betoogd werd dat de persoon in technisch-juridische zin een lege en lichaamloze categorie is die slechts als technisch steunpunt van rechten en plichten dient. Het ligt dan ook voor de hand dat een van de reacties in het recht op de uitdagingen van de biotechnologie is gelegen in een inkleuring en invulling van deze categorie.

De inkleuring van het persoonsbegrip maakt deel uit van een bredere tendens die men de *corporalisering van het recht* zou kunnen noemen. Volgens rechtshistoricus Baud is het recht al sinds de Romeinse periode in hoofdzaak een *droit désincarné* geweest. Uiteraard is de integriteit van het lichaam van oudsher door het recht beschermd tegen inbreuken door derden, en is in die zin het lichaam sinds lang

<sup>1259</sup> S.J.R. Bostyn, E.J. Dommering, J.K.M. Gevers en B.M. Vroom-Cramer, *Moderne biotechnologie en recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 26.

in het burgerlijk en strafrecht vertegenwoordigd. Toch was de juridische status van het lichaam tot voor kort niet werkelijk in het geding. In de woorden van Hermitte:

“Jusqu’à la seconde guerre mondiale, le corps n’est jamais envisagé directement comme une matière juridique, et il est appréhendé indirectement à la rubrique obligations, bonnes moeurs, médecine, armée par les mutilations volontaires, possessions extérieures de la France pour l’esclavage, etc.”<sup>1260</sup>

Voor de bescherming van het recht op lichamelijke integriteit – uitgelegd als schildrecht – is het strikt genomen niet noodzakelijk om tot een juridische representatie van het lichaam als zodanig te komen. Zo wordt lichamenlijk letsel in het Nederlandse recht begrepen als een *aantasting in de persoon* (artikel 6:106 lid sub b BW), en maakt het lichaam volgens die opvatting dus deel uit van de persoon. Met andere woorden, tot voor kort kon het lichaam stilzwijgend en zonder problemen onder de juridische categorie van de persoon worden geschoven. Het recht behoefde voor het lichaam geen aparte categorie in het leven te roepen. In die zin heeft Baud gelijk wanneer hij stelt dat de opstellers van het burgerlijk en strafrechtelijk wetboek “protégeaient le corps sans le voir.”<sup>1261</sup>

Moeilijker wordt het wanneer het lichaams- of voortplantingsmateriaal van de persoon is afgescheiden, of wanneer het de regulering van de verhouding van het individu tot zijn eigen lichaam betreft. Beide situaties doen zich sinds de ontwikkelingen op biomedisch terrein steeds vaker voor. Baud maakt een en ander duidelijk aan de hand van een fictieve casus: *l'affaire de la main volée*, waarnaar hij zijn fascinerende boek over de geschiedenis van het lichaam in het recht heeft genoemd. Dit bizarre geval van “jurisprudence-fiction”<sup>1262</sup> betreft een persoon die zijn hand ten gevolge van een ongeluk verliest, en vervolgens die hand ook nog eens door diefstal kwijt raakt. Wat is de status van deze hand? Voorafgaand aan het ongeluk vormt de hand een geheel met het lichaam en wordt het daarom volgens het gangbare recht tot de persoon gerekend. Met andere woorden, van een eigendomsrecht kan vóór het ongeluk geen sprake zijn. Na het ongeluk is de hand echter in fysieke zin van de persoon afgescheiden, en kan het daarmee wel als een zaak in privaatrechtelijke zin worden beschouwd. Kan er ook van een eigendom van de afgesneden hand worden gesproken? Zo ja, wie heeft dan het eigendomsrecht op de nieuw ontstane zaak? Is dat het slachtoffer of de dief? Tegelijkertijd blijft de hand ook na afscheiding met de persoon verbonden, aangezien de hand volgens de casus via een operatie weer aan het lichaam zou kunnen worden ‘bevestigd’.

1260 M.-A. Hermitte, “Le corps hors du commerce, hors du marché”, *Archives de philosophie du droit*, 1988 (tome 33 : *la philosophie du droit aujourd’hui*), p. 324.

1261 J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Parijs: Seuil 1993, p. 12.

1262 Baud 1993, p. 9.

De juridische onduidelijkheden waarmee de zaak van de gestolen hand is omgeven, staan symbool voor het gebrek aan heldere antwoorden in het recht op de ingewikkelde vragen die de medische biotechnologie opwerpt. Baud maakt met zijn casus aanschouwelijk hoe binnen de juridische *summa divisio* van persoon en zaak een werkelijke juridische voorstelling van het lichaam onmogelijk is. Al sinds het Romeinse recht staat het recht in het teken van deze tweedeling, zoals uitvoerig in hoofdstuk 2 is beschreven. Pas sinds de spectaculaire opkomst van de medische biotechnologie wordt de jurist gedwongen zijn ogen te openen voor de complexe realiteit van het lichaam, en voorbij de tweedeling van personen en zaken te denken. Volgens Baud hebben de gebeurtenissen op biomedisch terrein daarom niet minder dan een algehele revolutie in het juridische conceptuele kader tot gevolg:

“La pensée juridique occidentale fonctionne, dans son ensemble, grâce à des concepts qui ont été élaborés par le droit romain, soit indirectement au travers des analyses des juristes médiévaux. En ce qui concerne la distinction fondamentale des personnes et des choses, il est exact de dire qu'elle existe depuis deux millénaires. Son invention a eu pour effet de désincarner le droit, et de permettre ainsi aux juristes de développer une réflexion débarrassée, à la fois, de la trivialité et de la sacralité corporelle. C'est cette confortable situation qu'est venue perturber l'explosion des biotechnologies, en mettant les juristes au défi de se saisir du corps.”<sup>1263</sup>

Vooralsnog zijn in het recht hoofdzakelijk twee strategieën te onderscheiden om het juridisch tekort op dit vlak ongedaan te maken: via het aanknopen bij begrippen die afkomstig zijn uit de biologische en medische wetenschap; en via de ontwikkeling van beginselen die de verhouding van de persoon tot zijn lichaam vormgeven. Beide strategieën hebben gevolgen voor het juridisch mensbeeld en persoonsbegrip. Naast de persoon in technisch-juridische zin laten twee andere, reeds genoemde persoonsbegrippen steeds meer van zich horen. Het doel van het *biologisch-juridische* mensbegrip is een betere aansluiting te vinden bij de biologische aspecten van het menselijk bestaan. En via het *symbolisch-juridische persoonsbegrip* tracht men de verhouding van de mens tot zijn lichaam ook in het recht op symbolische wijze gestalte te geven.

In dit hoofdstuk zal, zoals gezegd, de opkomst van het medisch-biologisch mensbeeld in het recht centraal staan. Dat het biologisch mensbeeld aan invloed wint kan worden gezien als het spiegelbeeld van wat in de inleiding van dit boek, in navolging van een groep Amerikaanse juristen en ethici, de *colonization of the natural by the just* is genoemd. Met die frase wordt tot uiting gebracht dat het recht zich geleidelijk aan op een terrein begeeft dat voorheen tot de gegeven en

---

<sup>1263</sup> Baud 1993, p. 17.

onveranderlijke menselijke natuur van een ieder werd gerekend: de genetische en lichamelijke constitutie, ofwel de biologische en medische aspecten van het bestaan. Anders gezegd, als gevolg van de opmars van de nieuwe biomedische technieken beginnen het leven in biologische zin en de mens in zijn lichamelijke verschijningsvorm tot de terreinen van juridische activiteit te behoren. Het is niet ondenkbaar dat het recht tijdens deze kolonisering ook zelf onder invloed van de biologische en medische wetenschap komt te staan. De normering via het recht van het nieuwe medische handelen zou wel eens niet alleen in een kolonisering van de natuur door het recht en rechtvaardigheidsnoties kunnen resulteren, maar ook omgekeerd kunnen leiden tot *een kolonisering van het recht en zijn beginselen door de biologie en de geneeskunde*. Een dergelijke ontwikkeling zouden we de *biologisering of medicalisering van het recht* kunnen noemen. Als er werkelijk sprake is van een biologisering en medicalisering van het recht, wordt de vraag welke rol biomedische criteria in het recht hebben te vervullen, en hoe deze criteria zich verhouden tot de bestaande rechtsbeginselen en -categorien.

Zoals gezegd kan de biologisering als een mogelijke reactie worden beschouwd op de mate waarin de technische-juridische persoon vervreemd is geraakt van de mens van vlees en bloed. Zo was een van de punten van kritiek op de Franse *wrongful life* jurisprudentie, waarin het tegennatuurlijke gehalte van het technisch-juridisch persoonsbegrip immers een nieuwe hoogte bereikte, dat zij in strijd was met de biologische werkelijkheid. Het ligt vanuit dat perspectief voor de hand dat de kritiek op het technisch-juridische persoonsbegrip onder meer uitmondt in een biologisch-juridisch mensbegrip. De biologisering van het recht is gezien de biomedische ontwikkelingen tot op zekere hoogte onvermijdelijk.

Desalniettemin kan de vrijheid, die als kenmerkend voor het menselijk bestaan wordt beschouwd, als gevolg van deze geleidelijke, biologische inkleuring van de juridische persoonlijkheid onder druk komen te staan. Wanneer de biologisering van het recht te ver doorschiet, dreigen de in wezen contrafactische categorie van de menselijke persoon en de daarmee verbonden contrafactische beginselen van vrijheid en gelijkheid ondergraven te worden.<sup>1264</sup> De voornaamste reden is dat een puur biologisch mensbegrip niet in staat is de waarde van de mens als persoon tot uitdrukking te brengen. Hoewel bepaalde, veelal impliciete verwijzingen naar de biologische werkelijkheid onvermijdelijk hun weg naar het recht vinden, is het risico van een biologisering van het recht dat een star en deterministisch mensbeeld het recht gaat domineren. Zoals juridische normen en wetten niet door de biologische feiten en wetmatigheden kunnen worden vervangen zonder dat het recht daarmee zijn rechtskarakter verliest, zo kan de juridische persoon niet volledig gelijk worden getrokken met de mens in biologische zin zonder op te houden überhaupt een persoon te zijn.

<sup>1264</sup> De term "contrafactisch" ontleen ik aan het werk van Foqué en 't Hart. Hieronder zal ik nader op het begrip ingaan.

Door de symbolische dimensie of functie van het recht en de juridische persoon te benadrukken, tracht een aantal Franse juristen een balans tussen de mens als biologisch wezen en als vrij wezen te bereiken: de juridische persoon is vanuit dat perspectief geen volledig van de werkelijkheid losgesneden artefact, noch een puur biologische categorie, maar een juridisch construct dat op symbolische wijze met de biologische werkelijkheid is verbonden. In het volgende hoofdstuk wordt de symbolische voorstelling van de mens die aan de menselijke waardigheid ten grondslag ligt nader geanalyseerd.

Om deze reden heb ik tot nu niet van een biologisch *persoons*begrip heb gesproken. Dat zou een *contradictio in terminis* zijn geweest. Binnen een biologische benadering is geen plaats voor *personen*, maar slechts voor *mensen* in de zin van *Homo sapiens*. Leenen gebruikt de volgende heldere bewoording:

“In een biologisch mensbeeld is geen plaats voor een rechtsorde doch slechts voor een orde van de mierenhoop. In de rechtsorde maakt de mens zelf zijn recht. Hij neemt standpunten in en kiest. Hij stelt de norm voor goed en kwaad; hij kan ja en nee tegen gedragingen en regelingen zeggen. Pogingen om op grond van een biologisch mensbeeld tot normering in het recht te komen, zijn tot mislukking gedoemd omdat de menselijke normscheppende functie er niet in tot zijn recht komt.”<sup>1265</sup>

De biologisering van het recht wordt dan ook door een aantal juristen met argusogen gadeslagen, en al sinds langere tijd. In de Franse rechtsgedachte is de biologisering van het recht vroeg geconstateerd. Reeds in 1950 wees Nerson, toenmalig hoogleraar privaatrecht, op een algehele *mouvement de biologisation du droit*<sup>1266</sup> die in het Franse personen- en familierecht gaande zou zijn. Zoals we al in hoofdstuk 5 zagen, haalde adviseur Sargos in het *Perruche*-arrest deze woorden aan in zijn beschouwingen over de verhouding van het recht tot de biologische feiten van de zaak. Tot “les dangers d’une biologisation du droit”<sup>1267</sup> rekent Nerson onder meer een betwisting van de juridische noties van persoonlijkheid, ouder-schap en de dood.

In de periode na de invoering van de Franse bio-ethiekwetten in 1994 neemt de kritiek op de biologisering toe. De biologisering van het recht krijgt door deze wetten immers een nieuwe impuls. Zo is Labrusse-Riou uitgesproken kritisch wanneer zij een door haar geredigeerd boek de tot de verbeelding sprekende titel *Le droit saisi par la biologie* meegeeft.<sup>1268</sup> Met het beeld van het recht in de greep

1265 H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht. Deel II Gezondheidszorg en recht*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2002, p. 63.

1266 R. Nerson, “Les progrès scientifiques et l’évolution du droit familial”, in: H. Donnedieu de Vabres, *Le droit privé français au milieu du XXe siècle (études offertes à Georges Ripert)*, tome 1, Parijs 1950, p. 403.

1267 R. Nerson, “L’influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil”, *RTD Civ.* 1970, p. 679.

1268 Naar analogie van de titel van een bekend boek van Bernard Edelman, *Le droit saisi par la photographie*.

van de biologie stuurt zij aan op een bevraging van de legitimiteit van deze biologisering.<sup>1269</sup> Maatstaven afkomstig uit de biologie en het volksgezondheidsbeleid hebben zich via de bio-ethiekwetten meester gemaakt van het recht, zo constateert zij,<sup>1270</sup> met gevaar voor de waarden en beginselen die ten grondslag liggen aan het rechtssysteem. Volgens Labrusse-Riou moet deze tendens daarom niet alleen met de nodige argwaan worden bekeken, maar dwingt zij ook tot een hernieuwde articulatie van de grondslagen van het recht. In haar eigen woorden:

“Ce que l'on peut appeler la biologisation du droit civil oblige à réexaminer les fondements de nos institutions les plus essentielles, la filiation par exemple et plus largement l'état des personnes, ou la propriété à propos du statut du corps et plus profondément à reprendre la distinction entre personnes et choses.”<sup>1271</sup>

Ook andere auteurs vrezen dat de groeiende invloed van de biologische en medische wetenschap op het recht ten koste gaat van de symbolische en antropologische dimensie van het persoonsbegrip. Raux zet het spanningsveld als volgt uiteen:

“La biologisation bouleverse en effet toutes les fondations anthropologiques sur lesquelles reposent nos ordres juridiques. L'humanisme juridique pensait le sujet de droit non pas comme existence biologique, mais comme être doué de conscience, de morale et de raison (article 1er de la Déclaration universelle des droits de l'homme).”<sup>1272</sup>

Het mechanische, natuurwetenschappelijke en eenduidige mensbeeld van de biomedische wetenschap is immers in veel opzichten tegengesteld aan de symbolische meerduidigheid en gelaagdheid van het persoonsbegrip van de mensenrechten. Rechtsfilosoof Supiot stelt daarom dat “la référence politique à de prétendus lois scientifiques [...] implique [...] la liquidation de la fonction anthropologique des lois positives”.<sup>1273</sup> In de biologische werkelijkheid is geen plaats voor menselijke waardigheid of persoonlijkheid.

1269 Zoals Labrusse-Riou de titel zelf uitlegt: “Le terme de ‘saisie’ est entendu dans son sens commun de ‘capture’ ou d’‘emprise’.” De term “saisi” kan daarnaast worden beschouwd als een afgeleide van het juridische begrip “saisie”, ofwel beslag (zie C. Labrusse-Riou (1996a) (red.), *Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire*, LGDJ: Parijs 1996, p. 7).

1270 “Les lois du 29 juillet 1994 en témoignent paradoxalement; la biologie et, à travers elle, la santé publique, se sont certes emparées du droit, du droit privé en particulier, ce qui est nouveau et plus nettement perturbateur” (Labrusse-Riou 1996a, p. 10).

1271 Uit haar artikel “Sciences de la vie et légitimité”, aangehaald door Hennette-Vauchez en Girard (S. Hennette-Vauchez & C. Girard (red.), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Parijs: PUF 2005, p. 98-99).

1272 S. Raux, *Les positions théoriques de la doctrine: retour sur l'affaire Perruche*, juni 2005, zie <www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes4/RAUX>, p. 9.

1273 A. Supiot, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Parijs: Seuil 2005, p. 107.

De vraag wordt daarmee vanaf welk moment de biologisering van het recht omslaat in een ontkenning van de menselijke vrijheid. Hoeveel biologie kan het juridisch persoonsbegrip verdragen voordat het verwordt tot een onderdrukkende, reductionistische categorie? Om dat te onderzoeken wordt in de komende pagina's allereerst stilgestaan bij de wijze waarop het rechtssubject sinds lang wordt gekenmerkt door een aantal biologische kenmerken: de dood, de geboorte, het sekseverschil en de grenzen van de menselijke soort zijn biologische gegevens die op verschillende, klassieke manieren door het recht worden weerspiegeld (7.3.1). Vervolgens wordt betoogd dat deze kenmerken en grenzen in het licht van de medische biotechnologie niet meer vanzelfsprekend zijn (7.3.2 en 7.3.3). Deze nieuwe vloeibaarheid noopt tot een nieuwe relatie van het recht tot de biologische aspecten van het menselijk bestaan (7.3.4).

### 7.3 Biologische en medische criteria in het recht

#### 7.3.1 *De biologische kenmerken van de persoon in het recht*

Een ieder is ook binnen de wereld van het recht door een aantal biologische grenzen getekend. Het juridisch persoonsbegrip is weliswaar een juridisch artefact, en valt geenszins samen met de mens van vlees en bloed, maar toch zien we in de juridische persoonsconstructie een aantal aspecten van de biologische werkelijkheid terug. Met name in het personen- en familierecht wordt al dan niet rechtstreeks verwezen naar feiten van biologische aard. Voorbeelden zijn te vinden in boek 1 van het BW in onder meer de regeling van de geboorteakte en de overlijdensakte,<sup>1274</sup> het huwelijk<sup>1275</sup> en de afstamming.<sup>1276</sup>

Zo kan alleen al uit deze wettelijke verwijzingen worden opgemaakt dat als hoofdregel geldt dat de juridische persoonlikheid begint bij de geboorte en eindigt bij de dood. Ook behoort iedere juridische persoon tot het mannelijke of vrouwelijke geslacht, waarvan akte in het geboorteregister.<sup>1277</sup> Geslachtsloosheid is geen optie voor een ieders burgerlijke staat. Dat is expliciet bevestigd in een arrest van de Hoge Raad naar aanleiding van een klacht van een persoon die

1274 Voor de wettelijke regeling van deze akten, zie art. 1:19 tot en met 1:19j BW.

1275 Hoewel het huwelijk in 2001 in Nederland is opengesteld voor mensen van hetzelfde geslacht (zie de *Wet openstelling huwelijk*), is de verwijzing naar het geslacht in de huidige wettelijke regeling behouden gebleven: "Een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van gelijk geslacht" (art. 1:30 lid 1 BW). Daarnaast valt te denken aan art. 1:41 BW, waarin het biologische feit van de bloedverwantschap als beletsel voor een huwelijk wordt beschreven.

1276 Zie titel 11 van boek 1 van het BW.

1277 In sommige gevallen is de biologische werkelijkheid echter niet zo eenduidig wat sekse betreft. Voor deze grensgevallen, waarin het geslacht onduidelijk is bij de geboorte, geldt een speciale regeling (art. 1:19d BW).



zichzelf noch als man noch als vrouw beschouwde.<sup>1278</sup> Daarnaast is het familie-rechtelijk systeem nog altijd vooral gebaseerd op bloedverwantschap, ook al zijn daar al sinds het Romeinse recht uitzonderingen op in de vorm van bijvoorbeeld adoptie. Zoals De Boer in zijn deel van de Asser-reeks stelt: “In het afstammings-recht, zoals in titel 11 neergelegd, wordt in beginsel aangesloten bij de natuurlijke afstamming van de biologische vader en de moeder die het kind baarde.”<sup>1279</sup> Tot slot worden slechts leden van de menselijke soort als natuurlijke persoon in de zin van het burgerlijk wetboek beschouwd, hetgeen eveneens het uitgangspunt vormt voor juridische persoonlijkheid in het publiekrecht.

Bij het gebruik van deze biologische feiten in het recht staat voorop dat zij niet bedoeld zijn als richtlijnen of normatieve bepalingen. Aangezien deze feiten en grenzen lange tijd als onveranderlijk konden worden beschouwd, fungeerden zij als stilzwijgende vooronderstellingen van het recht, als onbetwiste gegevens waar het recht op indirecte wijze rekening mee houdt, zoals er in het recht bijvoorbeeld ook vanuit wordt gegaan dat een ieder een woonplaats of feitelijke verblijfplaats heeft (zie met name artikel 1:10 lid 1 BW). Met andere woorden, zij behoorden tot “de realia van het recht”, volgens de uitdrukking van Nieuwenhuis. Wat dat betreft zijn deze biologische assumpties te beschouwen als de ‘feitelijke’ contouren van het persoonsbegrip. De traditionele vooronderstellingen ten aanzien van de biologische dimensie van het menselijk bestaan laten zich vrij simpel samenvatten: een ieder is geboren als resultaat van een seksuele handeling van twee mensen van verschillende geslachten, gaat uiteindelijk dood, en behoort tot de soort *Homo sapiens*. Dat deze biologische gegevens ook in het recht hun weerslag hebben, lijkt niet meer dan vanzelfsprekend.

### 7.3.2 *Betwisting en vervloeiing van de biologische grenzen in het recht*

Deze situatie is door de ontwikkelingen op biomedisch vlak echter voor een deel ingehaald. Nu de biologische aspecten van menselijk leven als gevolg van de medische biotechnologie geen onveranderlijke gegevens meer blijken te zijn, begint ook de plaats van biologische feiten en grenzen in het recht op verschillende fronten ter discussie te staan. Dat blijkt wanneer we de boven genoemde grenzen nalopen.

Het einde van de discussies over het begin van het leven in juridische zin is voorlopig nog niet in zicht. Over de juridische status van het embryo blijft verdeeldheid bestaan. De Vo-zaak die aan het Europese Hof werd voorgelegd vormt daar

<sup>1278</sup> In deze uitspraak over *interseksualiteit*, dat wil zeggen, geslachtsloosheid of “niet-geseksueerdheid” zoals de eiser het zelf formuleerde, stond een verzoek centraal tot doorhaling van de geslachtsaanduiding in de geboortakte van de eiser in cassatie. De Hoge Raad verwierp het beroep op grond van “het algemeen belang.” Zie HR 30 maart 2007, NJ 2007, 609, m.nt. J. de Boer (AA 2007, 685 m.nt. A.J.M. Nuytinck).

<sup>1279</sup> Asser/De Boer 2006, nr. 691b.

een sprekend voorbeeld van. Kan er sprake zijn van dood door schuld wanneer het slachtoffer een embryo is? Is het embryo een persoon in de zin van het EVRM? Het embryo komt in ieder geval ook voor de geboorte een zekere beschermwaardigheid toe, zo bleek ook uit de Vo-uitspraak, zonder daarmee van het embryo een juridische persoon te maken. Bovendien hebben de discussies een nieuwe dimensie gekregen nu kunstmatige voortplanting op grote schaal plaats vindt. Doordat men via voortplantingstechnologie op steeds verdergaande wijze over het embryo kan beschikken, is de positie van het embryo in het recht, jaren na de legalisering van abortus, opnieuw in het geding. Anders dan in het abortus-debat wordt in deze tijd niet alleen onderscheid gemaakt tussen de verschillende, biologische ontwikkelingsstadia van het embryo, maar onderscheidt men daarnaast meerdere typen embryo's van elkaar, zoals rest-embryo's en techno-embryo's. De voortplantingstechnieken hebben immers niet alleen nieuwe manieren van bevruchting en zwangerschap<sup>1280</sup> doen ontstaan, ook hebben zij verschillende klassen van embryo's in het leven geroepen, die bovendien juridisch van elkaar worden onderscheiden, zo is in hoofdstuk 4 uitgebreid naar voren gekomen.

De grenzen van de dood liggen evenmin permanent vast. In veel gevallen geeft de arts een verklaring van overlijden op het moment van de hartstilstand en de stilstand van de ademhaling. Nu het technisch mogelijk is om het lichaam kunstmatig in leven te houden, kan dit doodscriterium echter niet meer in alle gevallen de doorslag geven. Sterker nog, in de praktijk van orgaandonatie is een ander doodscriterium noodzakelijk geworden.

Ook het biologische sekseverschil lijkt aan de kant geschoven te zijn waar het de erkenning van transseksualiteit betreft. Zowel volgens Nederlands recht (artikel 1:28 BW) als op grond van EVRM-jurisprudentie omtrent het recht op privacy (artikel 8 EVRM, zie het *Goodwin*-arrest), heeft een transseksueel onder bepaalde voorwaarden recht op aanpassing van het geboorteregister aan zijn nieuwe sekse. De achterliggende gedachte luidt dat niet slechts biologische criteria van belang zijn bij het bepalen van een ieders sekse. Dat blijkt duidelijk in de volgende overweging van het Europese Hof in de baanbrekende *Goodwin*-zaak:

“The Court has found [...] that a test of congruent biological factors can no longer be decisive in denying legal recognition to the change of gender of a post-operative transsexual. There are other important factors – the acceptance of the condition of gender identity disorder by the medical professions and health authorities within Contracting States, the provision of treatment including surgery to assimilate the individual as closely as possible to the gender in which they perceive that they prop-

1280 Zo wordt er gesproken van het ontstaan van “tentatieve zwangerschappen” als gevolg van de opkomst van prenatale diagnostiek (zie B. Katz-Rothman, *The tentative pregnancy. Prenatal diagnosis and the future of motherhood*, London: Pandora 1988).

erly belong and the assumption by the transsexual of the social role of the assigned gender.”<sup>1281</sup>

In het familierecht wordt de bloedverwantschap reeds sinds het Romeinse recht als criterium voor afstamming gerelativeerd door de juridische mogelijkheden tot adoptie. In de wettelijke regeling van adoptie gold traditioneel evenwel als vereiste dat er sprake is van twee adoptieouders, en dat de adoptieouders van verschillend geslacht zijn. Daarmee werd in het Nederlandse adoptierecht lange tijd de natuurlijke afstamming zoveel mogelijk geïmiteerd: mensen stammen niet alleen biologisch, maar ook juridisch gezien af van twee ouders van verschillende geslachten. Sinds 1997 is daarin verandering gebracht en “heeft de wetgever afstand genomen van het aanvankelijke uitgangspunt dat zoveel mogelijk de natuurlijke verhoudingen moeten worden benaderd”.<sup>1282</sup> Zo is in 1997 de eenpersoonsadoptie wettelijk geïntroduceerd, en is in 2000 de adoptieprocedure opengesteld voor homoseksuele koppels. Deze ontwikkeling vormt een goede illustratie van de manier waarop het traditionele familierechtelijke systeem dat is gebaseerd op bloedverwantschap plaats maakt voor een nieuw familierecht “waarin zich een samenleving aftekent waarin ouders kinderen kiezen, en kinderen hun ouders”.<sup>1283</sup> De afstamming wordt in toenemende mate op individueel niveau vormgegeven.

Deze keuzevrijheid wordt vergroot door de mogelijkheden van kunstmatige voortplanting. Zo is in de biomedische praktijk de vrouw uit wie het kind wordt geboren niet per se de vrouw aan wie het kind genetisch verwant is. Met andere woorden, zwangerschap en biologische verwantschap vallen niet meer noodzakelijkerwijs samen. Zo kan er sprake zijn geweest van donatie van een embryo of een eikel wegens bijvoorbeeld onvruchtbaarheid, of kan de zwangerschap zijn uitbesteed aan een draagmoeder (in het geval van hoogtechnologisch draagmoederschap). Wie is in deze gevallen de juridische moeder? De genetische moeder, de vrouw die het kind heeft gedragen, of de wensmoeder? De wet luidt als volgt: “Moeder van een kind is de vrouw uit wie het kind is geboren of die het kind heeft geadopteerd” (artikel 1:198 BW). Voor draagmoederschap wordt geen wettelijke uitzondering gemaakt. Dat betekent dat in het geval van hoogtechnologisch draagmoederschap niet de genetische moeder, maar de draagmoeder wordt beschouwd als de juridische moeder. Pas wanneer de draagmoeder het kind ter adoptie heeft afgestaan aan de wensouders of genetische ouders, gaat het moederschap over. Dit wettelijke criterium staat niet alleen onder druk van hoogtechnologisch draagmoederschap, maar in de toekomst misschien ook van de kunstmatige baarmoeder. Voorlopig rust er echter een verbod op geëxternaliseerde zwangerschappen, ofwel ectogenese (artikel 24 sub e Embryowet). Een

1281 EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2002, NJCM-Bull. 2003, 330, m.nt. P. van Dijk (*Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*; EHRC 2002, 74, m.nt. H. Janssen en J. van der Velde), r.o. 100.

1282 Asser/De Boer 2006, nr. 759.

1283 D.W.J.M. Pessers (2003b), *Verdwaalde seksen: over spermators, metroseksuelen en autocopieën*, Nijmegen: Valkhof Pers 2003, p. 17.

ander voorbeeld betreft de opkomst van voortplanting zonder seksualiteit. Zoals sinds 1997 één-ouder-adoptie *juridisch* is erkend, zal het wellicht ooit ook *biologisch* mogelijk worden om zich solitair voort te planten. Immers, wanneer men gebruik kan maken van kloontechnieken, heeft men in principe genoeg aan het eigen genetische materiaal voor voortplanting.

Tot slot wordt ook het uitgangspunt dat slechts mensen de dragers van rechten zijn door verschillende groeperingen bestreden. Volgens de *deep ecology*-beweging, opgericht door Arne Naess, komt ook aan andere organismen dan de mens intrinsieke morele waarde toe, hetgeen mede tot uiting zou moeten komen in de vorm van de attributie van bepaalde rechten. *The Great Ape Project*, aangevoerd door filosofen Paola Cavalieri en Peter Singer, richt zich daarbij specifiek op de rechten van mensapen.<sup>1284</sup> Onder de noemer *equality beyond humanity*<sup>1285</sup> zouden het recht op leven, het verbod op marteling en de bescherming tegen willekeurige vrijheidsbeneming ook voor deze mensapen moeten worden gewaarborgd, zo is in hun *Declaration on Great Apes* neergelegd.<sup>1286</sup>

Parallel aan deze beweringen is ook door verschillende juristen de toekenning van juridische persoonlijkheid aan dieren,<sup>1287</sup> bomen en andere “natural objects”,<sup>1288</sup> en ook systemen van artificiële intelligentie<sup>1289</sup> bepleit.<sup>1290</sup> Met name het betoog voor de toekenning van rechtssubjectiviteit aan dieren is invloedrijk. Zo wordt in de toelichting bij een voorstel tot een strafrechtelijk verbod op bestialiteit het volgende gesteld: “Ook dieren hebben recht op strafrechtelijke bescherming tegen seksueel geaarde inbreuken op hun integriteit.”<sup>1291</sup> In de Memorie van Toelichting bij een voorstel tot uitbreiding van artikel 21 Gw wordt zelfs een verankering van “de rechten van het dier in de Grondwet” bepleit.<sup>1292</sup> Daarmee

1284 Zie voor een nadere uiteenzetting van het gedachtegoed ook Singers artikel “Het dichten van de kloof” in: P. Singer, *Een ethisch leven*, Utrecht: Het Spectrum 2001, p. 107-111.

1285 Zoals de ondertitel van het begeleidende boek van Cavalieri en Singer (red.) uit 1993 luidt (*The Great Ape Project: Equality beyond humanity*).

1286 De preambule van deze declaratie luidt: “We demand the extension of the community of equals to include all great apes: human beings, chimpanzees, bonobos, gorillas and orang-utans. The community of equals is the moral community within which we accept certain basic moral principles or rights as governing our relations with each other and enforceable at law.”

1287 In juridisch Nederland is rechtsfilosoof Paul Cliteur een bekend voorstander van dierenrechten, zie met name P.B. Cliteur, *Darwin, dier en recht*, Amsterdam: Boom 2001.

1288 C.D. Stone, *Should trees have legal standing? Towards legal rights for natural objects*, Los Altos: Kaufmann 1974.

1289 Het meest aangehaalde artikel is L.B. Solum, “Legal personhood for artificial intelligences,” *North Carolina Law Review*, April 1992, p. 1231.

1290 Zie over deze thematiek onder meer J.P. Loof en P.B. Cliteur (red.), *Mensenrechten, dierenrechten, ecosysteemrechten: opstellen over het toekennen van fundamentele rechten aan mannen, vrouwen, kinderen, dieren en de rest van de natuur*, Leiden: NJCM-boekerij 1997.

1291 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 009, nr. 8, p. 3.

1292 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 900, nr. 3, p. 1. De indieners van het wetsvoorstel hebben deze verwijzing naar de rechten van het dier op advies van de Raad van State verwijderd. De Raad van State stelde “dat dieren naar huidige rechtsopvatting geen dragers van rechten in juridische zin, geen rechtssubjecten kunnen zijn; zij zijn rechtsobject. Dit neemt niet weg dat er alle reden kan zijn om dieren niet te beschouwen als rechtsobjecten zoals alle andere, maar als bijzon-

zouden dieren niet alleen een bepaalde mate van rechtssubjectiviteit krijgen, maar zelfs tot de dragers van grondrechten worden.

Als in de toekomst bovendien sprake zou zijn van nieuwe intelligente levensvormen of zelfs een nieuwe menselijke soort, zoals transhumanistische denkers en groeperingen voorspellen, wordt de vraag of en hoe deze posthumane soort deel zou uitmaken van de rechtsorde.<sup>1293</sup> Tenslotte kunnen technieken als xeno-transplantatie en de creatie van chimaeren, ofwel het kruisen van de mens met andere diersoorten, tot verdere vervaging van de soortgrens leiden.<sup>1294</sup>

Deze vervloeiing en betwisting van de grenzen van de geboorte, de dood, de bloedverwantschap, het sekseverschil en de menselijke soort, zetten aan tot een nieuwe plaatsbepaling van het recht ten opzichte van de biologische en medische feiten. Nu het recht wordt ingezet bij de regulering van biomedische technieken, vormen de medisch-biologische grenzen en feiten niet langer het verzwegen *uitgangspunt* van het recht, maar worden zij juist de *inzet* van juridische bemoeienis. De grenzen van de dood, het sekse-verschil, de bloedverwantschap, het begin van het leven en in de toekomst misschien zelfs de soortgrens, vormen in toenemende mate mede het *resultaat* van het recht, en niet de feitelijke *basis* ervan.

Hieronder wordt bekeken hoe de vervaging van een aantal van deze biologische grenzen en categorieën in het recht doorwerkt. Ik zal nader ingaan op de gevallen van transseksualiteit, de hersendood en het embryo. Tot welke hoogte blijft het recht aanknopen bij biomedische criteria, al hoewel deze criteria sinds de biotechnologische revolutie manipuleerbaar en veranderlijk zijn gebleken? Bij deze nadere verkenning zal blijken dat het recht om de biomedische praktijk bij te benen in sommige gevallen ‘natuurlijke’ grenzen zoveel mogelijk in stand houdt, ondanks de feitelijke subjectivering en vervaging van deze grenzen (transseksualiteit); in andere gevallen bestaande, biologische grenzen verlegt en herdefinieert (de hersendood); en in weer andere gevallen nieuwe categorieën in het leven roept (het embryo als deel van de nieuwe rechtscategorie “menselijk leven”, die echter ook weer onder te verdelen is in nieuwe subcategorieën). Met andere woorden, het recht reageert op de biologische verschuivingen via verschillende constructies.

---

dere rechtsobjecten, die een bijzondere zorg vergen, ook van overheidswege” (*Kamerstukken II* 2006/07, 30 900, nr. 4, p. 2). Het resultaat was een gewijzigde MvT (*Kamerstukken II* 2006/07, 30 900, nr. 5).

1293 Zo is in opdracht van de Britse overheid onderzoek verricht naar de attributie van rechten aan robots (“Utopian dream or rise of the machines?”, 2006, <[www.sigmascan.org/ViewIssue.aspx?IssueId=53](http://www.sigmascan.org/ViewIssue.aspx?IssueId=53)>). Het toekomstscenario dat in dit onderzoek wordt geschetst, zou volgens het rapport binnen 20 tot 50 jaar werkelijkheid kunnen worden. Gelijk *The Great Ape Project*, bestaat er bovendien een groepering die zich *The American Society for the Prevention of Cruelty to Robots* noemt, en het toekennen van rechten aan robots bepleit (zie <[www.aspcr.com/](http://www.aspcr.com/)>). Zij vergelijken zich met de dierenrechtenbeweging en zelfs *the civil rights movement*.

1294 Zie voor een uitgebreider overzicht van de oorzaken van de grensvervaging van de menselijke soort, F. Fernández-Armesto, *Dus jij denkt dat je een mens bent? Een korte geschiedenis van de mensheid*, Amsterdam: Bert Bakker 2005, met name p. 7-15.

Wat deze juridische oplossingen echter gemeen hebben, is dat zij ieder op hun eigen manier illustreren hoe het onderscheid tussen recht en biologische werkelijkheid steeds meer begint te vervagen: biologische grenzen worden juridisch, en juridische grenzen biologisch. Met andere woorden, deze constructies vormen ondoorzichtige hybriden van recht en biologie. Zij zijn het bewijs van de nieuwe allianties tussen recht en biologische werkelijkheid die bij de regulering van de biomedische praktijk ontstaan. Een nadere blik op de verschuivende grenzen in kwestie kan dat duidelijk maken. We beginnen met de grens van het seksverschil in de regulering van transseksualiteit.

### 7.3.3 Drie vervagende biologisch-juridische grenzen nader beschouwd

Hoewel de juridische erkenning van transseksualiteit het voorbeeld bij uitstek lijkt te zijn van de subjectivering van biologische categorieën,<sup>1295</sup> blijft het biologisch sekse-verschil dominant in het conceptuele kader van transseksualiteitswetgeving. In de Nederlandse transseksualiteitswetgeving komen slechts personen die ook daadwerkelijk lichamelijk aan het verlangde geslacht zijn aangepast in aanmerking voor een nieuwe geslachtsaanduiding in hun geboorteakte, “voor zover dit uit medisch of psychologisch oogpunt mogelijk en verantwoord is” (artikel 1:28 lid 1 BW). Een ander ‘lichamelijk vereiste’ is dat de persoon in kwestie niet meer in staat is zich voort te planten.<sup>1296</sup> De enkele overtuiging tot het andere geslacht te geboren is dus onvoldoende, al hoewel eveneens een wettelijk vereiste. Zoals in deel 1 van de Asser-serie staat geschreven:

“Het vereiste van lichamelijke aanpassing moet worden beschouwd als betrekking hebbende op de consistentie van de door verzoeker gestelde gender-identiteit. Voor de rechter vormt deze aanpassing een duidelijke bevestiging van deze identiteit. Geslachtelijke differentiatie is een zaak van openbare orde en goede zeden en daarom kan ook de meest onwrikbare overtuiging tot een bepaald geslacht te behoren niet zonder meer de rechtsgrond vormen voor geslachtsverandering, waaruit in het maatschappelijk verkeer en in de verhouding tussen individuen zulke belangrijke consequenties voortvloeien.”<sup>1297</sup>

Met andere woorden, lichamelijke criteria worden niet volledig losgelaten in de Nederlandse regeling van transseksualiteit. Die regeling gaat weliswaar aan het

1295 In de woorden van Vermeulen: “Processen zoals de secularisatie en de pluriformisering hebben mede ruimte geschapen voor een verregaande mate van subjectivering van moraal en mensbeeld. [...] Zelfs het beeld van wat een man en wat een vrouw ‘is’ vervaagt. Zo vloeit volgens de internationale jurisprudentie uit art. 8 EVRM voor transsexuelen een claim op de overheid voort om na de uiterlijke geslachtswijziging in zijn/haar gewijzigd geslacht erkend te worden. Deze ontwikkeling is symbolisch voor de uitbreiding van de mogelijkheden van het individu om zichzelf – bijvoorbeeld als man i.p.v. vrouw – te definiëren” (Vermeulen 1992, p. 25).

1296 Voor kritiek op dit vereiste, zie H.U. Jessurun d'Oliveira, “Transen”, *NJB* 2003, p. 1113.

1297 Asser/De Boer 2006, nr. 96, p. 108-109.

chromosoom-criterium voor het bepalen van sekse voorbij, maar vereist voor het overige zoveel mogelijk correspondentie tussen de juridische geslachtsaanduiding en de fysieke verschijningsvorm van de persoon. Evenmin komt aan de wijziging in het geboorteregister terugwerkende kracht toe (artikel 1:28c BW). In de procedure is bovendien een belangrijke rol weggelegd voor deskundigen uit onder meer de medische hoek, die erop dienen toe te zien dat er is voldaan aan de boven beschreven vereisten (artikel 1:28a BW). Kortom, in de juridische erkenning van transseksualiteit wordt het ‘natuurlijk’ sekse-verschil zoveel mogelijk nagestreefd en nagebootst, ook al berust sekse in dergelijke gevallen niet meer op de aangeboren, lichamelijke kenmerken, maar op een diep gewortelde, persoonlijke overtuiging.

Dat het man-vrouw-onderscheid in rechte de norm blijft, blijkt ook uit het feit dat niet-geseksueerdheid of hybriden van beide seksen in het geldende recht niet worden erkend.<sup>1298</sup> In dat verband is eveneens het wettelijk vereiste te plaatsen dat de persoon in kwestie zich niet meer kan voortplanten. Wanneer voortplanting mogelijk zou blijven, zouden de oude en de nieuwe sekse te veel door elkaar gaan lopen, met het gevolg dat de artificialiteit van deze juridische constructie te zeer in het oog zou springen.

Het sekse-verschil wordt op die manier in het positieve recht gehandhaafd, al hoewel de basis van het juridisch sekse-verschil gedeeltelijk is veranderd. De juridische sekse-aanduiding is immers in gevallen van transseksualiteit niet op de natuurlijke, aangeboren sekse gebaseerd, maar naast de psychische overtuiging tot het andere geslacht te behoren, op een aantal medische ingrepen. Het resultaat is een biojuridische mengelmoes van natuur en artefact.

Bij de vervloeiing van de grenzen van de dood wordt op andere wijze vastgehouden aan biomedische criteria. Wordt normaliter voor het vaststellen van de dood gekeken of de hartslag en de ademhaling zijn weggefallen, onder bepaalde omstandigheden waarin toestemming voor orgaandonatie is gegeven, wordt van een ander biomedisch criterium gebruik gemaakt: de hersendood. Volgens de huidige wetgeving wordt onder *hersendood* verstaan “het volledig en onherstelbaar verlies van de functies van de hersenen, inclusief de hersenstam en het verlengde merg”.<sup>1299</sup>

Deze nieuwe, juridische definitie van de dood berust op een uitermate medisch-technisch begrip van de dood. De hersendood is immers niet met het blote oog waar te nemen: doordat het lichaam kunstmatig in leven wordt gehouden, klopt het hart nog, circuleert het bloed, is de huid warm, en functioneert de ademhaling. “Ogenschijnlijk” is de patiënt nog in leven. Om de hersendood vast te kunnen stellen, is gebruik van medische technologie noodzakelijk, technologie die bovendien nog steeds in ontwikkeling is. Het gevolg is dat de criteria voor de

<sup>1298</sup> HR 30 maart 2007, *NJ* 2007, 609, m.nt. J. de Boer (AA 2007, 685 m.nt. A.J.M. Nuytinck).

<sup>1299</sup> Zie art. 14 lid 2 WOD, en art. 1.1 Hersendoodprotocol 2006.



hersendood veranderen in de tijd: zij zijn techniek-afhankelijk. Dat blijkt ook uit de *Wet op de orgaandonatie* (WOD). Volgens artikel 14 lid 1 WOD<sup>1300</sup> “wordt de dood vastgesteld aan de hand van de volgens de laatste stand van de wetenschap geldende methoden en criteria voor het vaststellen van de hersendood door een ter zake kundige arts.” Wat de meest geschikte en wetenschappelijke methoden en criteria zijn om de hersendood vast te stellen bepaalt de Gezondheidsraad telkens voor een bepaalde periode in de vorm van een protocol (artikel 15 lid 1 WOD<sup>1301</sup>), genaamd het *Hersendoodprotocol*.<sup>1302</sup> Het eerste Hersendoodprotocol stamt uit 1996, en is in 2006 door de Gezondheidsraad herzien.

Alleen al uit deze wettelijke regeling blijkt dat de hersendood onderdeel is van een hoogtechnologische en relatief ontoegankelijke praktijk. De hersendood wijkt in belangrijke mate af van het concept van de dood zoals het in de leefwereld bestaat. Wat dat betreft kan worden gesproken van een discrepantie tussen de persoonlijke ervaring van de dood en de medische conceptualisering ervan. In zijn studie naar de morele aspecten van orgaandonatie noemt Den Hartogh scepsis over het hersendoodcriterium dan ook als een van de drie hoofdmotieven die door familieleden van de donor worden aangedragen tegen uitname van organen.<sup>1303</sup>

De reden dat aansluiting wordt gezocht bij een criterium dat relatief ver afstaat van een ieders belevingswereld, is dat dit criterium de praktijk van postmortale orgaandonatie juridisch mogelijk maakt. Iacub schrijft in haar interessante analyse van de geldende doodscriteria in het Franse recht, dat “le constat de mort cérébrale permet d’affirmer que l’on ne tue pas un être humain, mais que l’on

1300 Art. 14 lid 1 WOD: “Voordat een orgaan wordt verwijderd, wordt de dood vastgesteld door een arts die niet bij de verwijdering of implantatie van het orgaan betrokken mag zijn. Indien het voornemen bestaat tot het verwijderen van een orgaan uit een beademd stoffelijk overschot, wordt de dood vastgesteld aan de hand van de volgens de laatste stand van de wetenschap geldende methoden en criteria voor het vaststellen van de hersendood door een ter zake kundige arts. De wijze waarop de hersendood is vastgesteld, wordt vastgelegd in een verklaring waarvan het model is opgenomen in het in art. 15, eerste lid, bedoelde protocol.”

1301 Art. 15 lid 1 WOD: “De Gezondheidsraad stelt met inachtneming van art. 14, tweede lid, vast welke de volgens de laatste stand van de wetenschap geldende methoden en criteria voor het met zekerheid vaststellen van de hersendood zijn. Op basis daarvan stelt de Gezondheidsraad een protocol op met betrekking tot de bij het vaststellen van de hersendood in ziekenhuizen te volgen procedures en uit te voeren onderzoeken in gevallen dat het voornemen bestaat tot verwijdering van een orgaan. Het protocol wordt vastgesteld bij algemene maatregel van bestuur.” De algemene maatregel van bestuur in kwestie is het Besluit hersendoodprotocol.

1302 Voor het meest recente protocol, zie de bijlage van het Besluit hersendoodprotocol van 16 juni 2006, *Stb.* 2006, 294.

1303 G. den Hartogh (2003b), *Gift of bijdrage? Over morele aspecten van orgaandonatie*, Den Haag: Rathenau Instituut 2003, p. 60. De andere motieven die hij onderscheidt is dat familieleden vrezen voor een inbreuk op het stervensproces, en dat zij het lichaam als symbolisch verbonden met de persoon zien. Ook in de tweede evaluatie van de Wet op de orgaandonatie wordt onbekendheid met het hersendoodcriterium als een van de belangrijkste weigeringsgronden van familieleden aangewezen (*Tweede evaluatie Wet op de orgaandonatie*, Den Haag: ZonMw 2004, p. 87).



déclare morte une personne physique”.<sup>1304</sup> Zonder de medisch-juridische constructie van de hersendood zou de uitname van de organen juridisch gezien op moord neerkomen. Als gevolg van het afwijkende doodscriterium in het geval van orgaandonatie, is er na vaststelling van de hersendood niet langer sprake van een rechtssubject, maar slechts van een “beademd stoffelijk overschot”, zoals de wettelijke formulering luidt (artikel 14 lid 1 WOD). Via deze reductie van het levende lichaam tot een stoffelijk overschot krijgt de instrumentalisering van het lichaam, die hoe je het ook wendt of keert inherent is aan orgaandonatie, op juridisch vlak gestalte: door de hersendood te erkennen als “de dood” in juridische zin, komt er reeds voordat de dood in conventionele zin plaats heeft gevonden een einde aan de rechtssubjectiviteit, zodat het lichaam dienst kan doen als leverancier van organen. Met andere woorden, de dood die wordt vastgesteld via het hersendood-criterium “n’est pas tant un événement empiriquement observable qu’une construction institutionnelle par laquelle est enlevé à des êtres humains encore ‘vivants’ le statut de sujets de droit”.<sup>1305</sup>

Op het eerste gezicht lijkt het enige opzienbarende aspect aan het hersendood-criterium te zijn dat er wordt aangeknoopt bij een andere biologische grens om de dood in juridische zin vast te stellen: niet langer is het wegvallen van de ademen hartfuncties richtinggevend, maar het wegvallen van de hersenfuncties. In die redenering is de hersendood slechts het resultaat van het verleggen van de grens van de dood naar een ander biologisch moment, of een andere biologische toestand. Daarmee wordt echter over het hoofd gezien dat het hersendoodcriterium in nog een ander opzicht afwijkt van het traditionele doodscriterium: het juridische moment van overlijden in het geval van de hersendood is niet zozeer afhankelijk van een verandering die optreedt in het lichaam, als wel van het verrichten van een medische handeling. De hersendood in juridische zin treedt niet in op het moment dat er sprake is van “het volledig en onherstelbaar verlies van de functies van de hersenen, inclusief de hersenstam en het verlengde merg”, zoals de wettelijke definitie luidt, als wel op het moment van de *constatering* van deze biologische staat van het lichaam. Een en ander blijkt bij nadere lezing van het Hersendoodprotocol. Volgens §4 moet onder het officiële tijdstip van overlijden worden verstaan “het moment waarop de definitieve diagnose “hersendood” is gesteld.”<sup>1306</sup> Met andere woorden, niet het tijdstip waarop de hersendood daadwerkelijk is ingetreden wordt als het tijdstip van overlijden aangemerkt, maar het

1304 M. Iacub, “La construction de la mort en droit français”, in: M. Iacub (2002b), *Le crime était presque sexuel*, Parijs: Flammarion 2002, p. 171.

1305 Iacub 2002b, p. 151.

1306 Anders dan in deel 1 van de Asser-serie wordt gesuggereerd, vallen de begrippen *dood* en *overlijden* dan wel degelijk samen. Volgens De Boer kan er, indien er ook maar ‘enig teken van leven’ is, niet van overlijden worden gesproken, “ook al zijn vitale functies, zoals die der hersenen, blijvend verloren gegaan en al geschiedt het in stand houden van dit leven kunstmatig” (Asser/De Boer 2006, nr. 27, p. 33). Uit het hersendoodprotocol blijkt echter dat de persoon officieel als overleden moet worden gezien, zodra de hersendood definitief is vastgesteld. Ook de auteurs van andere handboeken (Leenen/Gevers/Legemaate 2007, p. 377; Vlaardingerbroek e.a. 2004,

moment waarop de arts de definitieve diagnose van de hersendood heeft gesteld. Daarin schuilt een fictief element. Beter gezegd, aangezien er omtrent het werkelijke tijdstip van het intreden van de hersendood geen absolute zekerheid kan worden verkregen, berust het juridische tijdstip van overlijden in het geval van de hersendood op een rechtsvermoeden, waartegen in de praktijk geen tegenbewijs mogelijk is.<sup>1307</sup> Bij gevolg is het tijdstip van overlijden van de hersendode patiënt in opvallende mate het resultaat van een keuze, en niet de afspiegeling van een noodzakelijke, biologische grens. Desondanks suggereert de term “overlijden” een organisch proces. In de woorden van Iacub, “le décret en vigueur transforme, enfin, l’acte du constat, la décision de déclarer mort un être humain en événement naturel”.<sup>1308</sup> Ofwel, in het recht wordt het tijdstip van de definitieve *diagnose* van de hersendood, hetgeen een medische *handeling* is, gelijkgesteld aan het tijdstip van de natuurlijke of organische *gebeurtenis* van het *overlijden*.

De discrepantie tussen de medisch-juridische handeling waarbij de hersendood wordt vastgesteld en de organische gebeurtenis die daaraan ten grondslag ligt, kan worden geïllustreerd aan de hand van de uitzonderlijke situatie waarin hersendode zwangere vrouwen verkeren. In deze zeldzame gevallen wordt het lichaam van de zwangere vrouw kunstmatig in leven gehouden, opdat het lichaam in een later stadium kan bevallen van de foetus. Hoewel deze zwangere vrouwen volgens de geldende medisch-technische criteria hersendood zouden kunnen worden verklaard, wordt het moment van definitieve diagnose, en dus het tijdstip van hun juridische dood, in de praktijk uitgesteld.<sup>1309</sup> Een van de redenen is vermoedelijk familierechtelijk. Volgens artikel 1:198 BW is de moeder van een kind “de vrouw uit wie het kind is geboren of die het kind heeft geadopteerd.” Dat betekent dat wanneer de moeder voorafgaand aan de bevalling hersendood wordt verklaard, de familieband tussen haar en het kind *de iure* geen gestalte meer kan krijgen. Ten tijde van de bevalling zou zij niet meer als persoon in juridische zin zijn aan te merken, zodat noch van adoptie noch van natuurlijke afstamming meer sprake kan zijn. Daarnaast spelen uiteraard symbolische overwegingen en de gevoelens van de nabestaanden een rol.

Welke redenering ook aan het uitstel van het moment van doodverklaren ten grondslag ligt, in dit voorbeeld komt goed naar voren hoe de arts een zekere vrijheid heeft om het moment van sterven te bepalen. Daarmee wordt het tamelijk

p. 25; Pitlo/Van der Burght/Doek 2002, nr. 7, p. 4) beschouwen de mens na het intreden van de hersendood als overleden.

1307 Zo ook Iacub: “la coïncidence entre la mort biologique et le constat de la mort acquiert, de fait, un statut de présomption irréfutable” (Iacub 2002b, p. 169). Zij spreekt van een onweerlegbaar rechtsvermoeden, aangezien het in de praktijk onmogelijk blijkt te bewijzen dat de hersendood eerder dan het tijdstip van de diagnose is ingetreden, zo blijkt ook uit een arrest van de Cour de Cassation (Cass. civ. 7 januari 1997, JCP II, 1997, 22830, m.nt. B. Edelman).

1308 Iacub 2002b, p. 167.

1309 Aldus Erwin Kompanje, klinisch ethicus intensive care van het Erasmus Universitair Medisch Centrum, in een interview (C. Houtekamer, “Een akelige kwestie”, *NRC Handelsblad* 2 mei 2009, wetenschapsbijlage, p. 7).

functionele karakter van het hersendoodcriterium zichtbaar. Zodra er andere belangen in het spel zijn dan orgaandonatie, zoals het volbrengen van een zwangerschap, kan men besluiten de hersendood op een later moment vast te stellen.

Volgens Iacub wordt door de bestaande juridische constructies het keuzemoment dat aan het tijdstip van overlijden ten grondslag ligt evenwel verhuld. Doordat er meerdere criteria mogelijk zijn, kan het recht in deze niet worden gezegd een pure afspiegeling van “de natuur” te zijn. De hersendood als doodscriterium wordt echter niet als biopolitieke beslissing gepresenteerd, maar als een natuurlijk feit. Het keuzemoment wordt als het ware *genaturaliseerd*. Daarmee bekritiseert Iacub terecht een bestaande tendens van de biologisering van het recht, een tendens waarop in de volgende paragrafen nog wordt teruggekomen. Ze spreekt in dat verband op meerdere plaatsen van het juridische criterium van de hersendood als een “travestissement des faits”,<sup>1310</sup> hetgeen uiteraard goed past in haar visie op het recht als wezenlijk tegennatuurlijk.

Men kan zich echter afvragen tot welke hoogte hier sprake is van travestie, van een verdraaiing van de feiten. Voor een deel heeft Iacub gelijk: als uitgangspunt in het Hersendoodprotocol geldt het moment van de definitieve diagnose, en niet van het daadwerkelijke, biologische intreden van de hersendood. Tegelijkertijd wordt er echter onmiskenbaar ook gebruik gemaakt van medisch-biologische maatstaven: de afwezigheid van hersenactiviteit dient te worden vastgesteld. Niet iedere relatie van het recht tot de biologische werkelijkheid wordt hier dus doorsneden. Juister is het wellicht om te spreken van *de vervloeiing van juridische en biologische grenzen*. Het tijdstip van de dood is als gevolg van de mogelijkheden tot het kunstmatig rekken van het leven in zekere zin tot een keuze geworden. Daarmee wordt niet ieder biologisch criterium losgelaten. Wel is het zo dat de grenzen tussen recht en natuur in deze verwateren. De juridische verankering van de hersendood is een duidelijk voorbeeld van de kolonisering van de natuur door het recht. Ik zal op deze verwatering later in het hoofdstuk terugkomen, bij de bespreking van het werk van Agamben, en zijn visie op het hersendode lichaam.

Het aanhaken van het recht bij het medische criterium van de hersendood kan ook nog anders worden uitgelegd. Het recht functioneert hier als een *digitaliseringstechniek*, zoals Zwart en Hoffer dat formuleren in hun onderzoek naar bestaande visies op orgaandonatie vanuit verschillende interpretaties van lichamelijke integriteit. De hersendode patiënt verkeert in een schemergebied tussen leven en dood. “Artsen, juristen en politici hebben echter behoefte aan digitaliserende technieken die een ondubbelzinnig onderscheid, niet alleen tussen leven en dood, maar ook tussen bijvoorbeeld een natuurlijke en een onnatuurlijke dood mogelijk maken”, zo stellen Zwart en Hoffer.<sup>1311</sup> Ergens moet een grens worden

1310 Iacub 2002b, p. 167, 171 en 172.

1311 H. Zwart en C. Hoffer, *Orgaandonatie en lichamelijke integriteit. Een analyse van christelijke, liberale en islamitische interpretaties*, Best: Damon 1998, p. 42.

getrokken, ook ten behoeve van de nabestaanden. Niet alleen de hersendode patiënt bevindt zich immers in een schemerzone, de nabestaanden verkeren eveneens in een moreel schemergebied: de schending van de integriteit van het hersendode lichaam van hun geliefde kan gevoelens van verwarring, afschuw en angst oproepen. Door een duidelijke grens te trekken kunnen deze gevoelens voor een deel worden ingeperkt, zo leggen Zwart en Hoffer een van de achterliggende gedachten van de WOD uit:

“De nabestaanden laten een ogenschijnlijk levend lichaam achter om, na afloop van de ingreep, geconfronteerd te worden met een lichaam dat grondig is veranderd, dat onmiskenbaar dood is. Om de twijfels en aarzelingen die dit oproept terug te dringen, vertrouwt de wetgeving op een digitaliserende techniek, namelijk het hersendoodcriterium, dat een exacte dichotomie wil aanbrengen tussen leven en dood.”<sup>1312</sup>

Dat het recht echter niet geheel in die opzet slaagt, blijkt uit het feit dat verwerping van het concept van de hersendood nog steeds door familieleden als weigeringsgrond voor orgaandonatie wordt gebruikt, zoals eerder aan de orde kwam.

Van digitalisering is ook duidelijk sprake bij de normering van handelingen met het embryo. De periode voorafgaand aan de geboorte is net als de hersendood in ethisch en symbolisch opzicht een grijze zone. Om desondanks duidelijkheid en zekerheid te scheppen, brengt het recht in het continue groeiproces van het embryo markeringspunten aan om het beschermingsregime van het embryo op te baseren. In hoofdstuk 4 is aan de orde geweest dat twee biologische grenzen van belang zijn in de rechtsbescherming van het embryo: het moment van innesteling van het embryo in de baarmoederwand (de nidatie) en de levensvatbaarheidsgrens. De wettelijke nidatie-grens ligt bij 14 dagen, aangezien er dan globaal gezien sprake is van een voltooide innesteling. Dezelfde 14 dagen-grens wordt bovendien gehanteerd als uiterste ontwikkelingsgrens van embryo's in vitro,<sup>1313</sup> al hoewel in dergelijke gevallen van innesteling uiteraard geen sprake kan zijn.<sup>1314</sup>

<sup>1312</sup> Zwart en Hoffer 1998, p. 43.

<sup>1313</sup> Art. 24 sub e Embryowet.

<sup>1314</sup> In de ontwikkelingsgrens van het embryo in vitro zien we een ander voorbeeld van de wijze waarop het recht ook in een uiterst kunstmatige situatie blijft aanknopen bij natuurlijke grenzen of criteria. Aangezien er van innesteling *in vitro* natuurlijk geen sprake kan zijn, wordt de vraag waarop deze 14 dagen-grens in dit type gevallen kan berusten. Daar zijn de meningen over verdeeld. In de MvT bij de Embryowet en in het *Handboek gezondheidsrecht* wordt ten eerste als reden genoemd dat er internationale consensus over de 14 dagen-grens bestaat. De MvT noemt daarnaast het argument “dat aan het einde van de tweede week het onderscheid zichtbaar wordt tussen de cellen waaruit het toekomstige individu zich zal ontwikkelen en de cellen die de aanleg vormen van de zwangerschapsondersteunende weefsels”. Voor Leenen daarentegen is de voornaamste reden dat de normen die voor embryo's in utero gelden, ook voor embryo's in vitro

In de leer van de progressieve rechtsbescherming, zoals we die onder meer kennen uit het *Handboek gezondheidsrecht*, is slechts ruimte voor overwegingen die met deze twee biologische grenzen, ofwel, met de biologische groei van het embryo zijn verbonden. Op zichzelf bezien “past de idee van een groeiende beschermwaardigheid bij onze intuïtie dat een ouder embryo dat meer gelijkenis vertoont met een mens, een sterkere bescherming verdient dat een achtcellig embryo,”<sup>1315</sup> stelt Van der Burg terecht. Ook uit de kamerstukken bij de Embryowet blijkt dat het beginsel van toenemende bescherming een rol heeft gespeeld bij de totstandkoming van deze wet.<sup>1316</sup> Bovendien is deze benadering verwant aan de populaire gedachte dat het als *potentiële persoon* is dat het embryo een zekere bescherming geniet in het recht. Zo stelde het EHRM in zijn *Vo*-arrest dat het embryo als potentiële persoon een bepaalde bescherming verdient op basis van de menselijke waardigheid, zonder het embryo daarmee tot persoon te maken.<sup>1317</sup>

Net als Van der Burg ben ik echter van mening dat de leer van de progressieve bescherming niet in staat is een volledige en goed onderbouwde analyse te bieden van de bestaande rechtsregimes rondom het embryo. Ten eerste kan aan deze twee genoemde biologische grenzen geen doorslaggevend argument worden ontleend voor een toenemende beschermwaardigheid. Bij nadere reflectie blijven die grenzen enigszins arbitrair aanvoelen. Met name de verhouding van deze grenzen tot de beginselen van respect voor menselijk leven en de menselijke waardigheid is onduidelijk in de leer van de progressieve bescherming. Anders gezegd, de biologische groei biedt onvoldoende basis voor een groeiende beschermwaardigheid. In hoofdstuk 4 is dan ook in navolging van de Franse rechtstheorie betoogd, dat in het beginsel van toenemende bescherming niet slechts de biologische groei centraal staat, maar ook de geleidelijke sociale en symbolische menswording van het embryo.

Niet minder belangrijk is dat bij de bepaling van de bescherming van het embryo een belangrijke rol wordt toebedeeld aan een aantal andere overwegingen dan de biologische groei, zo blijkt onder meer uit de wetsgeschiedenis en -systematiek van de Embryowet. Met name de intenties waarmee het embryo is geconcipieerd, wegen zwaar door. Zo krijgt het embryo in vitro waarmee een zwangerschap wordt beoogd aanzienlijk meer rechtsbescherming dan het embryo

---

moeten opgaan, want “beide embryo’s hebben dezelfde potentie en hun biologische ontwikkeling is gelijk” (Leenen 2002, p. 133). De onduidelijkheid over de basis van de 14 dagen-grens in het geval van embryo’s in vitro onderstreept het enigszins arbitraire karakter van deze grens. Wellicht nog belangrijker is dat deze grens kan worden gezien als een nieuwe illustratie van de wijze waarop men in het recht of de rechtsdoctrine in bepaalde gevallen vasthoudt aan natuurlijke grenzen, ook in de gevallen waarin deze grenzen geenszins kunnen corresponderen met een biologische gebeurtenis, zoals bij embryo’s in vitro geen sprake kan zijn van nidatie.

1315 W. van der Burg, “Symboolwerking van embryo-wetgeving”, *NJB* 1995, p. 1238.

1316 *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 423, nr. 5, p. 2.

1317 In r.o. 84 overweegt het EHRM als volgt over het embryo: “The potentiality of that being and its capacity to become a person [...] require protection in the name of human dignity, without making it a “person” with the “right to life” for the purposes of Article 2.”

in vitro dat over blijft van een IVF-behandeling, ook al is hun biologische groei gelijk. Maar ook aan de omstandigheden waarin het embryo verkeert worden in het recht gevolgen verbonden.

Een van de conclusies van hoofdstuk 4 was dan ook dat niet het beginsel van toenemende beschermwaardigheid, en vooral de biologistische lezing daarvan, maar het beginsel van respect voor menselijk leven het werkelijke normatieve kader van de huidige rechtsbescherming van het embryo vormt. De heersende leer is definitief onderuit gehaald door de uitgangspunten van de Embryowet. De wettelijke kwalificatie van het embryo als menselijk leven schept de ruimte voor afweging van zijn beschermwaardigheid tegen de belangen van zijn ouders, mogelijke wensouders, de medische wetenschap, zieken die gebaat zouden zijn bij behandelmethoden met behulp van embryonaal materiaal en andere belanghebbenden. Het juridische gevolg is een verbod van de status van het embryo naar gelang de belangen en intenties die spelen. Bij de inhoud van deze verbod van hoeven we hier niet stil te staan, aangezien deze uitvoerig is behandeld. Van groter belang op dit punt van het onderzoek is dat deze verbod van de status van het embryo het gevolg is van een biomedische versmelting van biologische grenzen en categorieën met overwegingen van sociale, symbolische en utilitaire aard. Zo is het embryo in vitro zowel een natuurlijke entiteit, als een artefact dat buiten de muren van het laboratorium niet kan overleven. Het embryo dat puur gecreëerd is voor wetenschappelijke doeleinden<sup>1318</sup> vormt nog het duidelijkste voorbeeld van de mate waarin de bestaansvorm van het embryo is verweven met intenties: zijn “menselijk leven” dient slechts als materiaal voor wetenschappelijk onderzoek, zijn bestaan is door zijn technisch-wetenschappelijke doelmatigheid ingegeven.

De juridische status van deze typen embryo's getuigt van een navenante vervloeiing van biologische en juridische categorieën. Enerzijds zijn het rest-embryo en het speciaal voor wetenschappelijke doeleinden gecreëerde embryo niet ontdaan van iedere juridische bescherming, omdat zij deel uitmaken van de menselijke soort. Om die reden geeft hun kwalificatie als menselijk leven hun een minimum aan bescherming: embryo's en geslachtscellen mogen niet worden verkocht, en het onderzoek verricht met dit ‘materiaal’ moet voldoen aan een aantal vereisten en wordt streng gecontroleerd door toezichthoudende organen. Anderzijds is hun juridische bescherming sterk afhankelijk van hun doelmatigheid: hun nut voor de wetenschap en de genezing van patiënten, de relatie tot hun verwekkers, de intentie waarmee zij zijn geconcipieerd etc.

Een sleutelpositie in dit geheel van belangen wordt door de verwekkers van het embryo ingenomen. Zo wordt het antwoord op de vraag waar de grenzen tussen toekomstige persoon en doodgewone zaak in het geval van het embryo

<sup>1318</sup> Op de creatie van embryo's voor wetenschappelijke en andere doeleinden dan een zwangerschap rust vooralsnog een verbod, zie art. 24 sub a Embryowet. Dit verbod kan kan echter bij KB worden opgeheven, zie art. 33 lid 2 Embryowet.

moeten worden getrokken voor een belangrijk deel gedelegeerd aan de ouders van het embryo c.q. de donoren van het ‘voortplantingsmateriaal’: zonder hun instemming is het gebruik, de donatie of de vernietiging van de embryo’s niet mogelijk. Kortom, het recht stelt de status van het embryo niet slechts afhankelijk van zijn biologische groei (zoals vooral tot uiting komt in de levensvatbaarheids-grens), maar in belangrijke mate van de bedoelingen, handelingen en visies van de mensen die het embryo omringen. De verschillende juridische subcategorieën van het embryo zijn daarmee hybride categorieën van juridische en biologische werkelijkheid. Gecombineerd met de controlemechanismen die de overheid heeft ingesteld voor het gebruik van embryo’s, kan deze samensmelting van recht en biologie worden begrepen als typerend voor de werking van biomacht op dit terrein.<sup>1319</sup>

#### 7.3.4 De nieuwe taakstelling van het recht

In de voorgaande paragrafen heeft een aantal biologisch-juridische grenzen de revue gepasseerd. Beschreven is hoe het recht in bepaalde gevallen aansluiting zoekt bij de biologische werkelijkheid, en welke biojuridische constructies daarvoor in het leven zijn geroepen. De grenzen van de geboorte, de dood, het sekseverschil en de menselijke soort worden van oudsher als natuurlijke, vaststaande grenzen *erkend* in het recht. Als gevolg van de biomedische mogelijkheden tot ingrijpen in het menselijk leven in biologische zin, zijn deze grenzen echter niet meer zo “natuurlijk”: niet alleen zijn zij in hoge mate techniek-afhankelijk en dus veranderlijk geworden (zoals in het geval van de hersendood en de levensvatbaarheidsgrens), maar meer algemeen berusten biologische grenzen in het biomedische tijdperk niet langer op biologische noodzaak maar op biopolitieke keuzen. Toch wordt in de rechtsdoctrine veelal aan het model van de juridische *erkenning* van natuurlijke categorieën vastgehouden.

Daarmee ziet men de verreikende implicaties van de medische biotechnologie niet onder ogen. In de praktijk heeft de medische technologie schemergebieden tussen natuur en samenleving, object en subject, biologische werkelijkheid en recht in het leven geroepen. De natuur en het lichaam zijn tot een object geworden waarover men tot op genetisch en biologisch niveau in steeds verdergaande mate kan beschikken. Dat heeft consequenties voor de taak van het recht bij regulering van het lichamelijk domein. Het recht volgt niet langer per definitie natuurlijke grenzen of feiten. De biologische feiten en grenzen volgen daarentegen in belangrijke mate het recht waar het de regulering van de biomedische wetenschap betreft.

Juridische grenzen vloeien over in biologische grenzen, en vice versa. Zo krijgen de grenzen van de dood, de geboorte, het sekseverschil en de menselijke soort een plaats in het recht in de vorm van opake samensmeltingen van recht en

<sup>1319</sup> Over de werking van biomacht in de regulering van handelingen met het embryo, zie 4.1.4.



biologie. Vrijheid en lichamelijkheid, keuze en biologische gebondenheid worden aan elkaar gesmeed via hybride juridische concepten als *menselijk leven*, de *menselijke soort*, en de *hersendood*, en via de regelingen omtrent de geslachtsaanduiding van transeksuelen en de status van het embryo. De grenzen tussen juridische en biologische werkelijkheid vervagen als gevolg hiervan.

Deze ontwikkelingen nopen tot een nieuwe relatie van het recht tot de biologische werkelijkheid en de biomedische wetenschap. De paradigma-wisseling waar de auteurs van het praktijkboek *Moderne biotechnologie en recht* van spreken,<sup>1320</sup> is precies in deze nieuwe verhouding van het recht tot de biologische werkelijkheid gelegen. Het recht heeft bij regulering van de biomedische technieken niet van doen met vaststaande, biomedische en wetenschappelijke feiten waaraan het zich heeft te spiegelen, maar met een wetenschappelijke praktijk waarin die feiten worden getransformeerd en bewerkt. Anders gezegd, het menselijke leven in biologische zin krijgt een nieuwe gedaante in het recht. Met name binnen de regulering van het handelen met embryo's wordt die transformatie zichtbaar via een verbrokkeling in verschillende subcategorieën van menselijk leven.

In de kwesties waarmee deze technieken het recht confronteren staat de vraag centraal tot welke hoogte men die biologische feiten mag veranderen, men in de biologische constitutie van de mens mag ingrijpen, en men de biologische grenzen mag bijstellen. In sommige gevallen blijft het recht terugvallen op medisch-wetenschappelijke expertise en kwalificaties, in andere gevallen wordt de medisch-wetenschappelijke praktijk juist aan regels en beperkingen onderworpen. De nieuwe taakstelling van het recht blijkt uit wetgeving als de *Wet op de orgaandonatie*, de transseksualiteitsregeling in het BW en de *Embryowet*, en verdragen als het Biogeneeskunde-verdrag (Raad van Europa), het Kloon-protocol (Raad van Europa) en de Universele Verklaring van het Menselijk Genoom en de Mensenrechten (VN). Ook de opkomst van het voorzorgbeginsel,<sup>1321</sup> en de hernieuwde belangstelling voor het beginsel van de menselijke waardigheid, vormen een indicatie van de juridische bewustwording van de noodzaak sturing te geven aan het wetenschappelijke handelen.

Als gevolg van de medische biotechnologie wordt het juridisch domein revolutionair uitgebreid. Het bereik van het menselijk handelen begint immers ook de biologische en genetische constitutie van de mens te omvatten. Doordat deze ingrepen in de biologische constitutie van de mens juridisch worden genormeerd, is niet alleen sprake van een *inscription of life into law*, zoals Pottage dat heeft geformuleerd,<sup>1322</sup> maar omgekeerd ook van een *inscription of law into life*.

1320 Zie 7.2.

1321 Zie over de werking van het voorzorgbeginsel bij de regulering van biotechnologie het nog te verschijnen proefschrift van F.M. Fleurke (diss. Amsterdam UvA).

1322 A. Pottage, "The inscription of life in law: genes, patents, and bio-politics", in: R. Brownsword, W. Cornish en M. Llewelyn (red.), *Human genetics and the law. Regulating a revolution*, Oxford: Hart Publishing 1998, p. 148.



Wanneer deze vergroting van het juridisch domein niet wordt onderkend, is het praktische effect dat het recht achter de medisch-biologische feiten blijft aanlopen. De biomedische ontwikkelingen worden vanuit een dergelijk perspectief tot een *fait accompli* voor het recht, een feitencomplex waarbij het recht zich heeft neer te leggen en dat is afgeschermd voor juridische bemoeienis. De mogelijkheid tot juridische sturing van de biomedische technologie wordt zo bij voorbaat uitgesloten. Sterker nog, de bevindingen en creaties van de biomedische wetenschap worden dan het recht binnengehaald als een hogere waarheid waarnaar het recht zich heeft te plooiën. Uiteindelijk is het niet minder dan de autonomie van het rechtssysteem die bij de regulering van de medische biotechnologie op het spel staat. In de komende paragrafen worden de manifestaties van deze onderwerping van het recht, evenals haar mogelijke effecten op de categorieën en beginselen van het recht, beschreven en geanalyseerd.

Het doel van deze verkenning is inzichtelijk te maken hoe het mensbeeld dat in de regulering van de medische biotechnologie centraal staat niet puur biologisch kan zijn, maar noodzakelijkerwijs teruggaat op een symbolisch-juridisch persoonsbegrip. Dit persoonsbegrip verwijst weliswaar eveneens naar de mens van vlees en bloed, maar overstijgt het louter biologische door tot een eigen duiding van de biologische aspecten van het menselijk bestaan te komen. Dit persoonsbegrip wordt in de huidige regelgeving met name uit het mensbeeld van de menselijke waardigheid afgeleid.

De autonomie van het recht en van het juridisch persoonsbegrip staat van twee kanten onder druk bij de juridische regulering van dit veld. Ten eerste grijpt men in de rechtspolitieke discussies over dit onderwerp al snel naar *naturalistische* redeneringen. Daarbij wordt het recht ondergeschikt gemaakt aan bepaalde natuurlijke feiten of een vooronderstelde natuurlijke orde. In de volgende paragraaf wordt deze tendens beschreven en toegelicht (7.4). Dit juridisch naturalisme vormt een illustratie van de gedaantes die biomacht in het biomedisch tijdperk aanneemt en kan als zodanig worden bekritiseerd (7.5).

Voor het ontsluiten en blootleggen van de biologische en genetische feiten is de inzet van medisch-biologische wetenschappers nodig. De tweede manier waarop de onafhankelijkheid van het juridisch systeem dreigt te worden ondergraven is dan ook via juridisch *sciëntisme*. Sciëntistische denkers maken zich niet zozeer schuldig aan naturalistische drogredeneringen, als wel aan een onderwerping van het juridische aan het wetenschappelijk discours, in dit geval de *life sciences* (7.6 en 7.7).

#### 7.4 Neonaturalisme en bioconservatisme

Hoewel het begrip ‘natuur’ in de context van biotechnologie geen vaste omlijning heeft, het onderscheid tussen natuur en artefact aan het vervagen is en het inmid-

dels boven elke twijfel is verheven dat ook de menselijke natuur in biologische zin geen statisch gegeven vormt, vallen deelnemers aan de debatten over de toelaatbaarheid van biomedische technieken nog altijd terug op natuur-gerelateerde argumenten. Men houdt vast aan het traditionele model van de juridische erkenning van biologische grenzen, zelfs nu die grenzen vatbaar zijn geworden voor menselijke keuzen. Typerend voor dit 'neonaturalisme' is dat men de 'menselijke natuur' niet in symbolische of natuurrechtelijke zin uitlegt, maar als biologisch of taxonomisch concept.

Het aanhoudend gebruik van naturalistische redeneringen zou erop kunnen wijzen dat de paradigmawisseling die de biotechnologie in het denken over de natuur teweeg brengt nog niet geheel is doorgedrongen in het juridische gedachtegoed. Een andere mogelijke verklaring is dat verwijzing naar de biologische en medische feiten een uitweg biedt uit de hevige en onophoudelijke discussies waarmee dit rechtsgebied is omringd. De natuurwetenschappen genieten in de hedendaagse maatschappij een haast 'natuurlijk' gezag dat voorbij gaat aan ethische, religieuze en culturele verschillen. Aangezien het aan een gezamenlijk ethisch vocabulaire ontbreekt om de status van het menselijk lichaam en het embryo te bepalen, wordt voor antwoorden op bioethische vraagstukken ook in het recht al snel een toevlucht gezocht tot de schijnbare neutraliteit van de biomedische wetenschappen. In Leenens woorden:

"De behoefte om aan biologische factoren normatieve betekenis toe te kennen, is nog steeds aanwezig en steekt vaak de kop op als antwoord moet worden gegeven op normatieve vragen die door de medisch-biologische ontwikkelingen aan de orde komen. Vanwege de onzekerheid wordt dan vaak teruggevallen op de biologische aspecten."<sup>1323</sup>

Waar het uitermate lastig is om over de invulling van de menselijke waardigheid overeenstemming te bereiken, daar bieden de biologie en de geneeskunde een in politiek en ethisch opzicht ogenschijnlijk neutraal kader. Een beroep op de wetenschappelijke feiten moet het mogelijk maken de veelheid aan bestaande perspectieven te overstijgen om zo tot een beslechting van ingewikkelde, bioethische kwesties te komen.

Het effect daarvan is echter dat het biopolitieke keuzemoment en de ruimte voor sturing worden gecamoufleerd. De thematiek is niet langer 'bespreekbaar'. Wanneer men ervan uitgaat dat de antwoorden op deze moeilijke vraagstukken in de natuur besloten liggen, wordt de discussie op voorhand kortgesloten. De biologisering van het recht heeft daarmee eveneens een *depolitiserend* effect. In zijn boek over de verhouding tussen recht en natuur beschrijft Delaney deze tendens en de onhoudbaarheid ervan als volgt:

---

<sup>1323</sup> Leenen 2002, p. 63.

“One of the fundamental political uses of nature talk is to effect a depoliticization of some state of affairs or practice. Nature talk is frequently used to confer objectivity or neutrality on institutional practices or to locate some aspect of a situation beyond the bounds of change. In many cases, to engage in nature talk is to practice the politics of depoliticization. But if ‘nature’ is seen to be an irreducibly political concept, then the politics of depoliticization in science, law and in everyday life will be more difficult to sustain.”<sup>1324</sup>

In deze paragraaf wordt ingegaan op een aantal juridische manifestaties van “nature talk”. Juridisch naturalisme kan bij de normering van biomedisch handelen verschillende vormen aannemen. Dit neonaturalisme wordt in de praktijk gebracht door zowel auteurs die het nut van biomedische toepassingen voor bijvoorbeeld de rechtspleging benadrukken, als degenen die waarschuwen voor de mogelijk negatieve effecten van de medische biotechnologie voor de werking van mensenrechten. Met name wordt ingegaan op de positie van de tweede groep auteurs. Daarbij zal blijken dat biologisering niet alleen een depolitiserende werking heeft, maar dat achter deze façade ook een nieuwe vorm van conservatisme schuil kan gaan, ook wel *bioconservatisme* genoemd. Deze stroming bepleit strenge grenzen aan de biomedische ontwikkelingen opdat de bestaande biologische kenmerken van de mens intact blijven. Daarbij wordt de menselijke waardigheid in verband gebracht met de biogenetische constitutie van de mens. Tot slot wordt stilgestaan bij de effecten van biologisering en genetisering op de functie van het juridisch persoonsbegrip.

Op zichzelf bezien dateert de invloed van de biologische wetenschap op juridische categorieën niet van kort geleden. Nog altijd bekend is Lombroso’s genetisch en darwinistisch geïnspireerde criminologie. De gedachte dat men uit iemands gelaatstreken zijn aanleg voor crimineel gedrag zou kunnen afleiden, is een vroege manifestatie van genetisch determinisme in het recht. Een andere veel bekritiseerde juridische toepassing van de genetische leer biedt het sterilisatiebeleid uit de eerste helft van de vorige eeuw. Gedwongen sterilisatie van ‘mental defectives’ beschouwde men in onder meer de Verenigde Staten als een noodzakelijke maatregel ter bescherming van de volksgezondheid en openbare orde. De mate waarin dit eugenetische gedachtegoed het recht in zijn greep had, blijkt wel uit het feit dat de sterilisatie-wetgeving die in een aantal Amerikaanse staten in zwang was zelfs door de Supreme Court toelaatbaar werd geacht. De woorden van rechter Oliver Wendell Holmes in de Supreme Court-uitspraak *Buck v. Bell* over de onvrijwillige sterilisatie van Carrie Buck spreken voor zich:

“Carrie Buck is a feeble-minded white woman [...]. She is the daughter of a feeble-minded mother in the same institution, and the mother of an illegitimate fee-

<sup>1324</sup> D. Delaney, *Law and nature*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 20.

ble-minded child. [...] It is better for all the world if, instead of waiting to execute degenerate offspring for crime, or to let them starve for their imbecility, society can prevent those who are manifestly unfit from continuing their kind [...] Three generations of imbeciles is enough.”<sup>1325</sup>

Een dergelijke integratie van biologie en genetica in het recht wordt in deze tijd uiteraard niet meer aanvaard. Toch stellen ook de hedendaagse vormen van biogenetisch determinisme het bestaande juridische persoonsbegrip ter discussie. Een aantal voorbeelden. Nieuwe inzichten uit de cognitieve of biomedische wetenschappen zouden kunnen leiden tot een biologisering van het strafrecht die op gespannen voet staat met het beeld van de mens als verantwoordelijk rechts-subject. Zoals van een cultureel verweer van de verdachte wordt gesproken wanneer deze aanvoert dat zijn strafbare handeling is te verklaren tegen een bepaalde culturele achtergrond, zo zou men van een biologisch of genetisch verweer kunnen spreken wanneer de dader stelt dat hij in de fout ging door een biochemische reactie in de hersenen, of door zijn afwijkende genetische aanleg.<sup>1326</sup> Dat dit geen vergezocht voorbeeld is blijkt uit het gegeven dat Amerikaanse rechters hersenscans van de verdachte al regelmatig toelaten als bewijsmiddel.<sup>1327</sup> Enigszins simplistisch gesteld, de dader wordt dan niet verantwoordelijk gehouden voor zijn daden, maar wordt beschouwd als de speelbal van zijn biochemische huishouding of het product van zijn genetische aanleg. In beide varianten wordt het lichaam van de dader op zo'n manier het strafproces binnengehaald dat de vrije wil en persoonlijkheid van de dader erachter dreigen te verdwijnen.

Een geheel andere integratie van informatie over het menselijk genoom in de juridische gedachtevorming is te vinden in discussies over dierenrechten. Sommige voorstanders van rechtssubjectiviteit voor dieren beroepen zich op wetenschappelijke bevindingen die aantonen dat de mens genetisch gezien niet eens zo ver afstaat van andere diersoorten, zoals muizen, wormen of apen. Met name de chimpansee vertoont veel genetische overeenkomsten: meer dan 95 procent van het menselijk DNA is gelijk aan dat van de chimpansee.<sup>1328</sup> Op grond daarvan heeft een groep intellectuelen en wetenschappers een voorstel tot een nieuwe taxonomische indeling gedaan.<sup>1329</sup> Volgens hen is het onterecht dat mensen niet alleen in een eigen soort (*Homo sapiens*), maar ook in een eigen

1325 *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927).

1326 Zie hoofdstuk 13 van Delaney 2003 (“Return of the beast within: law and biological criminal defenses”) voor diverse voorbeelden van Amerikaanse rechtzaken waarin dit verweer is gevoerd.

1327 Zie M. Jelicic en H.L.G.J. Merckelbach, “Hersenscans in de rechtszaal: oppassen geblazen!”, *NJB* 2007, nr. 44, p. 2794-2800. Volgens deze auteurs zullen hersenscans “vroeg of laat [...] ook in Nederlandse rechtszalen hun entree maken. Als bewijsmiddel zullen ze op grote welwillendheid van juristen kunnen rekenen vanwege de natuurwetenschappelijk en dus solide connotaties die scans nu eenmaal bezitten” (p. 2795).

1328 Dit percentage wordt ook wel bestreden, zie bijv. J. Cohen, “Relative differences: the myth of 1%”, *Science* 29 juni 2007, p. 1836.

1329 Zie hierover Singer 2001, p. 115 e.v.

genus (Homo) zijn ondergebracht. De kennis van het genoom vormt voor deze denkers “het definitieve bewijs dat deze indeling geen andere basis heeft dan de wens om onszelf van de overige dieren af te zonderen”.<sup>1330</sup> In feite zijn we de derde chimpansee, zo stellen zijn, en behoren we tot dezelfde familie als de mensapen. Taxonomen zouden er goed aan doen de soort *Gorilla gorilla* om te dopen tot de *Homo gorilla*.

Uit deze nieuwe indeling leiden sommigen onder hen, zoals de aanhangers van de *Great Ape Project*, ook consequenties af voor de juridische of morele status van de mensaap, zoals hiervoor reeds kort werd aangestipt. De kerngedachte van deze beweging, namelijk dat apen toegang dienen te krijgen tot de rechtsorde als rechtssubject, “is founded upon undeniable scientific proof that non-human great apes share more than genetically similar DNA with their human counterparts”, zo staat er op de homepage<sup>1331</sup> te lezen.

In deze redenering lijkt men ervan uit te gaan dat persoonlijkheid voornamelijk afhankelijk is van taxonomische overwegingen. Vanuit dat perspectief is het logisch wanneer nieuwe inzichten over de genetische verwantschap van mensen met bepaalde diersoorten leiden tot een uitbreiding van de rechtsgemeenschap. Deze gedachtegang komt evenwel niet overeen met het juridische begrip van de menselijke persoon.

Dat het behoren tot een bepaalde biologische soort niet doorslaggevend is voor juridische status, bleek reeds in hoofdstuk 4 bij de analyse van de juridische positie van het embryo. Ofschoon menselijke embryo's biologisch gezien tot de menselijke soort behoren, worden zij noch als rechtssubject noch als menselijke persoon in het recht erkend. Hetzelfde geldt voor lichaamsmateriaal. In de woorden van Juengst:

“What does our taxonomic designation have to do with our moral status and fundamental rights? There is a risk here of confusing the biological sense of ‘human’ as a taxonomic term (like ‘canine’ or ‘simian’) and the word’s use in ‘human rights’, where it serves as a synonym for ‘natural’, ‘inalienable’ or ‘fundamental’ to distinguish that class of moral claims from other conferred, negotiated or legislated rights. Obviously it is not enough to be taxonomically human to enjoy human rights: human tissue cultures and human cadavers show us that.”<sup>1332</sup>

Wel is het zo dat naar huidig recht slechts leden van de menselijke soort als natuurlijke personen kunnen worden gekwalificeerd. Daarnaast is echter toetreding tot sociale en symbolische verbanden een noodzakelijke voorwaarde voor juridische persoonlijkheid, zo is betoogd.

<sup>1330</sup> Singer 2001, p. 116.

<sup>1331</sup> Zie: <[www.greatapeproject.org/declaration.php](http://www.greatapeproject.org/declaration.php)>.

<sup>1332</sup> E.T. Juengst, “What’s taxonomy got to do with it? ‘Species integrity’, human rights, and science policy”, in: J. Savulescu en N. Bostrom (red.), *Human enhancement*, Oxford: Oxford University Press, p. 51-52.

Desondanks schuiven conservatieve denkers dit argument, ook wel het *species-argument* genoemd, nog altijd naar voren in hun pleidooi tegen abortus en PGD. Volgens deze *pro life* aanhangers dienen embryo's reeds vanwege het feit dat zij behoren tot de menselijke soort vanaf de conceptie als personen met een recht op leven te worden beschouwd.

Het species-argument vormt een illustratie van de conservatieve teneur die naturalistische argumenten in debatten over medische biotechnologie al snel hebben. Waar het species-argument met betrekking tot de status van het embryo klassiek te noemen is, begint zich recentelijk een nieuwe vorm van *species-ethiek* als reactie op de biomedische ontwikkelingen af te tekenen. Met een beroep op deze variant wordt niet de beschermwaardigheid van alle vormen van menselijk leven bepleit (het lidmaatschap van de menselijke soort als grondslag voor juridische persoonlijkheid), maar het behoud van de bestaande biologische of genetische eigenschappen van de mens (de biogenetische kenmerken van de menselijke soort als juridische en ethische norm).

Een goed voorbeeld is het voorstel van rechtsgeleerden Annas, Andrews en Isasi voor een nieuw internationaal verdrag op het terrein van de humane biotechnologie. Hoewel in de door hun gepropageerde *Convention on the Preservation of the Human Species* eveneens wordt gerefereerd aan de mensenrechten en de menselijke waardigheid, brengen zij de menselijkheid van de mens in de eerste plaats in verband met het menselijk genoom en de natuurlijke wijze van voortplanting van de mens. Het verbod op reproductief kloneren en genetische manipulatie dient volgens hen ter bescherming van de integriteit van het menselijk ras, en niet zozeer wegens de mogelijke gevolgen voor de menselijke persoon. In hun eigen woorden: "Opposition to cloning and inheritable genetic alteration is "conservative" in the strict sense of the word: it seeks to conserve the human species."<sup>1333</sup> Wegens hun pleidooi voor de 'conservatie' van het menselijk ras worden voorstanders van deze benadering ook wel *bioconservatieven* genoemd.

Het is gebruikelijk deze denkers te contrasteren met de transhumanistische beweging, die juist wijziging en verbetering van de mens via technisch- en medisch-wetenschappelijke middelen nastreeft. De bioconservatieve argumenten tegen de biotechnologische toepassingen op de mens dienen echter evenzeer te worden onderscheiden van bezwaren tegen de medische biotechnologie die gefundeerd zijn op bescherming van de mens tegen objectivering en degradatie.<sup>1334</sup> De vrees van bioconservatieven is niet zozeer dat de menselijke persoon

1333 G.J. Annas, L.B. Andrews en R.M. Isasi, "Protecting the endangered human: toward an international treaty prohibiting cloning and inheritable alterations", *American Journal of law & medicine*, vol. 28 (2002), p. 178, zie <[www.geneticsandsociety.org/downloads/2002\\_ajlm\\_annasetal.pdf](http://www.geneticsandsociety.org/downloads/2002_ajlm_annasetal.pdf)>.

1334 Het begrip *bioconservatisme* wordt soms ook breder uitgelegd. Zo verstaat transhumanistisch filosoof Nick Bostrom eronder iedere vorm van kritiek op het gebruik van biomedische technologie, dus ook die kritiek die niet op het behoud van bestaande biologische eigenschappen

via deze technieken wordt geobjectiveerd tot een samenstel van lichaamsdelen en lichaamsmateriaal of tot een middel van behoeftebevrediging, maar dat de natuurlijke, genetische of biologische orde wordt verstoord, alsmede de mensenrechten die volgens hen op deze orde zijn gebaseerd. Iedere wijziging van het menselijk genoom is reeds op zichzelf gezien uit den boze, ongeacht of deze wijziging daadwerkelijk gevolgen heeft voor de mens in zijn sociaal-culturele dimensie. Het gevolg is dat het rechtssubject in de bioconservatieve benadering meer als lid van het menselijk ras dan als individu wordt beschermd. In de woorden van juriste Boussard: "The rationale of human rights allocation has changed and the individual is empowered not only as such but as a depository of the genetic heritage of the human species."<sup>1335</sup>

De Franse wetgever heeft zich helaas bij dit naturalistische taalgebruik aangesloten door de integriteit van het menselijk ras (artikel 16-4 Code Civil<sup>1336</sup>) tot wettelijke norm te verheffen en van reproductief kloneren "un crime contre l'espèce humaine" (artikel 214-1 Code Pénal<sup>1337</sup>) te maken. Volgens Bioy en Descamps heeft de Franse wetgever door te kiezen voor de introductie van deze nieuwe juridische categorie<sup>1338</sup> met biologische connotaties, en daarmee bestaande categorieën als misdrijven tegen de menselijkheid of aantastingen van de menselijke persoon links te laten liggen, bijgedragen aan de verdere biologisering van het recht.<sup>1339</sup> De introductie van misdrijven tegen het menselijk ras

---

is gericht, maar de menselijke persoon tegen objectivering en instrumentalisering beoogt te beschermen (zie N. Bostrom, "In defense of posthuman dignity", *Bioethics* Vol. 19 (2005), No. 3, pp. 202-214, <[www.nickbostrom.com/ethics/dignity.html](http://www.nickbostrom.com/ethics/dignity.html)>).

1335 H. Boussard, "Individual human rights in genetic research: blurring the line between collective and individual interests", in: T. Murphy (red.), *New technologies and human rights*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 271.

1336 Art. 16-4 Code Civil: "Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne."

1337 Art. 214-2 Code Pénal ("Le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 Euros d'amende") is ondergebracht bij een subtitel in het wetboek van strafrecht genaamd *Des crimes contre l'espèce humaine*.

1338 Zie over de omtrekken van deze nieuwe categorie in het Franse recht: M.-P. Peis-Hitier, "Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine", *Recueil Dalloz* 2005, chron., p. 865-869.

1339 Zie met name P. Descamps, *Un crime contre l'espèce humaine? Enfants clonés, enfants damnés*, Parijs: Les Empêcheurs de Penser en Rond 2004 ; P. Descamps, *Le sacre de l'espèce humaine. Le Droit au risque de la bioéthique*, Parijs: PUF 2009; en X. Bioy, "Les crimes contre l'espèce humaine. Ou de la réintroduction en droit d'une espèce de référent naturel", in: S. Hennette-Vachez (red.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, Parijs: LGDJ 2006, p. 101-119.

“conduit à considérer, plus que jamais, la personne juridique comme membre d'une catégorie biologique, savoir l'espèce, et contribue ainsi à 'biologiser' le droit. [Le crime contre l'espèce humaine] introduit en conséquence une confusion, certainement très regrettable et en tout cas inquiétante, entre fait biologique et norme juridique.”<sup>1340</sup>

Het zwaartepunt verschuift van bescherming van de integriteit van de menselijke persoon naar bescherming van de integriteit van het menselijke ras en menselijk genoom. Volgens deze redenering is het de biologische menselijke natuur, berustend op een zeker natuurlijk evenwicht, die tegen de biomedische ontwikkelingen dient te worden beschermd. Wat behouden dient te blijven, zijn de biogenetische kenmerken van het menselijk ras. Daarmee veronderstelt men dat de menselijkheid en waardigheid van de mens gelegen zijn in een bepaalde genetische constitutie, of andere natuurlijke karakteristieken. Boussard, die overigens zelf een genetische lezing van bestaande mensenrechten in het kader van biomedische regulering voorstaat, spreekt in dit verband van een “geneticization of rights”. Deze genetisering “does not refer to any new right but highlights the new context in which the ‘old rights’ (ie rights enshrined in human rights treaty or customary international law) are to be protected”.<sup>1341</sup> De vraag is wat de gevolgen van deze genetisering voor het juridisch persoonsbegrip zijn. Aan de hand van Fukuyama's neonaturalistische visie op de risico's van de medische biotechnologie kan een antwoord op die vraag worden geformuleerd.

De biologistische fundamenteën van de bioconservatieve bezwaren tegen klonen en kiembaangetherapie worden in Francis Fukuyama's *Our posthuman future. Consequences of the biotechnology revolution* openlijk benoemd. In dat boek onderneemt Fukuyama een poging om tot een nadere duiding te komen van de veelgehoorde stelling dat in de biomedische ontwikkelingen niet minder dan de menselijke natuur en waardigheid op het spel staan. Uitgangspunt van zijn betoog is dat de mensenrechten vertrekken vanuit een bepaalde opvatting van een gedeelde menselijke natuur. Deze menselijke natuur dreigt door biotechnologische interventies in de mens te worden ondergraven. Tot zover weinig nieuws onder de zon. Wat opzien baart is de specifieke uitleg die hij vervolgens aan het concept *menselijke natuur* geeft: “human nature is the sum of the behavior and characteristics that are typical of the human species, arising from genetic rather than environmental factors.”<sup>1342</sup> Het is dit genetische begrip van de menselijke natuur dat Fukuyama aan de mensenrechten ten grondslag legt en waarvoor we volgens hem op de bres moeten springen in de regulering van humane biotechnologie.

1340 Descamps 2004, p. 69.

1341 Boussard 2009, p. 270.

1342 F. Fukuyama, *Our posthuman future. Consequences of the biotechnology revolution*, New York: Farrar, Straus en Giroux 2002, p. 130.



Zijn benadering betekent dat zelfs de menselijke waardigheid van een bepaalde genetische samenstelling afhankelijk is. Dat blijkt in het belangrijkste hoofdstuk van zijn boek, waarin de menselijke waardigheid wordt behandeld.<sup>1343</sup>

Fukuyama stelt voorop dat we genetisch gezien complexe wezens zijn. Wat de essentie van onze speciale kwaliteiten vormt is vooralsnog onbekend. Hij spreekt in dat verband van “Factor X”. Aangezien Factor X berust op het mysterieuze samenspel van onze genetische eigenschappen, is iedere wijziging of verwijdering van de afzonderlijke genetische eigenschappen disruptief voor het geheel, en dus voor onze menselijke waardigheid, zo betoogt hij:

“If what gives us dignity and a moral status higher than that of other living creatures is related to the fact that we are complex wholes rather than the sum of simple parts, then it is clear that there is no simple answer to the question, What is Factor X? That is, Factor X cannot be reduced to the possession of moral choice, or reason, or language, or sociability, or sentience, or emotions, or consciousness, or any other quality that has been put forth as a ground for human dignity. It is all of these qualities coming together in a human whole that make up Factor X. *Every member of the human species possesses a genetic endowment that allows him or her to become a whole human being, an endowment that distinguishes a human in essence from other types of creatures*” [cursivering BvB].

Volgens deze redenering berust de essentie van de mens, zijn waardigheid en onaantastbaarheid, op een ondoorgrondelijke combinatie van genetische componenten. Respect voor menselijke waardigheid betekent dan in wezen respect voor de integriteit (“wholeness” in Fukuyama’s woorden) van de complexe genetische samenstelling van de mens, ofwel respect voor de integriteit van het menselijk genoom.

Fukuyama’s poging de mens te wapenen tegen biotechnologisch reductionisme loopt op die manier uiteindelijk zelf uit op genetisch reductionisme. In meer algemene zin kan worden vastgesteld dat bioconservatieven ondanks hun streven om de mens te beschermen tegen de mogelijk negatieve effecten van de medische biotechnologie zich door hun naturalistische argumentatie juist zelf schuldig maken aan biogenetisch determinisme: de gedachte dat de waardigheid van de mens, die men via regulering van biomedische ontwikkelingen beoogt te beschermen, in hoofdzaak zou zijn gelegen in een ieders genetische constitutie.

Het bioconservatieve determinisme kent dan ook meerdere problematische aspecten. Ten eerste gaat deze stroming eraan voorbij dat ook de biologische kenmerken van het menselijke ras, als men het al over die kenmerken eens kan worden, niet vastliggen, maar evolueren met de tijd. Zo is het streven om het menselijk genoom te beschermen tegen verandering merkwaardig te noemen. Het men-

---

1343 Hoofdstuk 9, p. 148-177.

selijk genoom vormt ook bij natuurlijke voortplanting geen statisch gegeven, en is voortdurend aan verandering onderhevig. Zoals in artikel 3 van de *Universele verklaring betreffende het menselijk genoom en de mensenrechten* staat geschreven:

“The human genome, which by its nature evolves, is subject to mutations. It contains potentialities that are expressed differently according to each individual's natural and social environment, including the individual's state of health, living conditions, nutrition and education.”

Daarmee is de opvallende situatie ontstaan dat bioconservatieven het menselijk genoom inroepen ter fundering van de menselijke waardigheid, terwijl op tal van manieren blijkt dat het menselijk genoom ‘van nature’ aan verandering onderhevig is en dat de mens in genetisch opzicht niet wezenlijk verschilt van andere dieren. De kennis over het menselijk genoom geeft veeleer aanleiding tot een karakterisering van de mens als een wezen wiens essentie en waardigheid geen natuurlijk gegeven vormen. Zwart betoogt met Sloterdijk dat het menselijke genoom project vooral het artificiële karakter van de mens heeft blootgelegd:

“Wij zijn in zekere zin self-made. De mens is slechts ten dele het resultaat van een biologische evolutie. Mensheid is geen soort, geen biologische categorie. Genetisch gezien zijn wij de afgelopen honderdduizend jaar niet erg veranderd. En toch hebben we een enorme ontwikkeling doorgemaakt, in cognitief, emotioneel en motorisch opzicht. In het proces van antropogenese (menswording) hebben wij zelf (via de ontwikkelingen van een serie antropotechnieken) een sturende rol gespeeld. [...] Intelligentie is maar ten dele een neurologisch fenomeen. Het is ook het resultaat van een omgeving die intelligent gedrag faciliteert, en die omgeving noemen wij cultuur. De mens zoals we hem kennen is het product van een lange techno-culturele evolutie. Veranderlijkheid is ons ‘wezen’. De ontologische breuk tussen mens en dier is door ons eigen toedoen ontstaan.”<sup>1344</sup>

Bovendien, als het werkelijk om het behoud van het menselijk genoom zou gaan, kan reproductief kloneren juist uitkomst bieden. Immers, wanneer men iemand kloon, brengt men daarmee geen wijzigingen in het menselijke genoom teweeg, aangezien het genoom van een reeds bestaand iemand wordt gerepliceerd. Zoals ethicus Harris terecht schrijft,

“Normal genetic reproduction does not preserve the human genome, rather it constantly varies it. If preservation were the issue, cloning on a universal scale would

---

<sup>1344</sup> H. Zwart, “Ken Uzelf: de betekenis van genomics voor ons zelfbeeld”, in: L. Consoli en R. Hoekstra (red.), *Technologie en mensbeeld*, Nijmegen: Valkhof Pers 2008, p. 87-88.

be the best way to achieve that (clearly dubious) objective. Only if all existing people were cloned would the human genome be 'preserved' intact.”<sup>1345</sup>

Desondanks heeft volgens veel bioconservatieven niet alleen het verbod op bepaalde vormen van genetische manipulatie, maar ook het internationale verbod op klonen tot doel “to prevent genetic manipulations that would endanger the genetic integrity of the human species”.<sup>1346</sup>

Een ander knelpunt betreft de status van degenen die voortkomen uit biomedische verrichtingen die in strijd zouden zijn met de integriteit van het menselijk ras. De bioconservatieve redenering leidt ertoe dat deze personen geen deel hebben aan de menselijke waardigheid. Immers, als menselijkheid en waardigheid zijn gelegen in bepaalde biologische kenmerken, zoals een ongewijzigde genetische constitutie, of het voortkomen uit seksuele voortplanting, dan moet de conclusie luiden dat designer baby's en klonen menselijke waardigheid ontberen.<sup>1347</sup> Hier manifesteert het genetisch determinisme van de bioconservatieve benadering zich het meest pregnant. De bescherming van de menselijke persoon wordt overschaduwd door het streven naar behoud van het menselijk ras.

Ook wanneer men stelt dat het niet zozeer om het behoud van de menselijke soort gaat, maar om het behoud van menselijke diversiteit, is het determinisme niet van de baan. Op zichzelf bezien klinkt het aannemelijk dat gentherapie en kloneren kunnen leiden tot uniformiteit binnen het menselijk ras, ervan uitgaande dat ouders hun kinderen met dezelfde eigenschappen zullen willen uitrusten. Het argument gaat dan als volgt:

“Practices such as germ-line gene therapy, genetic screening, and pre-implantation genetic diagnosis for selection of individuals before birth have the potential to have a very real impact on genetic diversity. Pluralism in genotypes ensures the plasticity of the human genome and the capacity of evolution of the human species: hence, practices that reduce genetic diversity may impact on the future of the species.”<sup>1348</sup>

Het probleem met deze lezing van het verbod op klonen en kiembaangetherapie is dat de regulering van de medische biotechnologie wordt gereduceerd tot een vorm van natuur- of milieubeleid. Deze tendens blijkt ook uit de titel van het artikel van Annas, Andrews en Isasi: “protecting the endangered human”. De mens wordt hier voorgesteld als een bedreigde diersoort, en de juridische bescherming van de mens als een vorm van natuurbescherming. Hoewel ook dergelijke milieubelangen een rol zullen spelen bij de regulering van de medische biotechnologie, gaat het te ver om van de menselijke waardigheid een ecologische richt-

1345 J. Harris, “Clones, genes and human rights”, in: J. Burley (red.), *The genetic revolution and human rights. The Oxford Amnesty Lectures 1998*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 78.

1346 Boussard 2009, p. 257.

1347 Zie hierover met name Descamps 2004.

1348 Boussard 2009, p. 252.

lijn te maken. “If taken to the extreme, [...] this position leaves the human person even closer to plant and animal species and the vagaries of natural selection and survival”,<sup>1349</sup> merken Knoppers en Joly op. De mens van de mensenrechten begint in deze uitleg van bioethische regelgeving te behoren tot de mensheid als een dier tot een diersoort of een plant tot een plantensoort.

Samenvattend, het bioconservatisme zoekt de bescherming van de menselijkheid van de mens op biologisch en genetisch niveau, en maakt van onze menselijkheid een biologisch gegeven, dat beschermd dient te worden tegen modificatie en interventie. Volgens veel auteurs schiet deze benadering tekort als juridische duiding van de menselijkheid van de mens. De meesten zijn ervan overtuigd dat “we can make intelligent choices with regard to nature that are based on a human conception of what is natural, not on a naturalistic definition of what is human”.<sup>1350</sup> De menselijke waardigheid omvat weliswaar een bepaalde visie op de menselijke natuur, maar wat men daarmee bedoelt ontstijgt het biologische niveau. Het mensbeeld van de mensenrechten kent meer kanten dan alleen een biologische. Met name gaat de bioconservatieve benadering voorbij aan het vermogen van de mens om zijn eigen bestemming te bepalen en zich aan zijn biologische lot te onttrekken. Menselijkheid is niet te vangen in een bepaalde genetische code, hoe complex die code ook is. Zij is geen natuurlijk gegeven, maar continu in wording:

“l'humain [...] n'est pas une donnée purement matérielle mais une création culturelle, toujours en cours, jamais achevée. L'humanité n'est pas un état, un privilège, une espèce ou une caractéristique mesurable. Elle est un projet (ou un 'procès'), une création sans cesse inachevée et toujours menacée.”<sup>1351</sup>

In dit proefschrift (met name in hoofdstuk 8) wordt dan ook verdedigd dat de menselijkheid van de mens die men in de regulering van de medische biotechnologie beoogt te beschermen vooral is gelegen op sociaal-cultureel vlak, in de bescherming van het culturele ideaalbeeld van de mens dat aan de mensenrechtelijke vrijheden ten grondslag ligt en dat de biologische aspecten van het menselijk bestaan van een sociaal-culturele duiding voorziet. De mens is meer dan alleen zijn lichaam of genoom. Zijn menswording is mede afhankelijk van zijn inbedding in menselijke relaties en cultureel-symbolische patronen. Pas onder deze omstandigheden kunnen menselijkheid en menselijke vrijheid tot bloei komen. Dat kan eveneens verklaren waarom de ratio achter het merendeel van

1349 B.M. Knoppers en Y. Joly, “Our social genome?”, *Trends in Biotechnology* vol. 25, juli 2007, p. 284.

1350 *Idem*.

1351 J.-C. Guillebaud, *Le principe d'humanité*, Parijs: Seuil 2001, p. 83-84.

de bestaande wettelijke grenzen die aan de biomedische ontwikkelingen worden gesteld, zich niet in bioconservatieve termen laat uitdrukken.

Sterker nog, zodra “citizens [...] begin to belong to the human race in much the same way as animals belong to a specific animal species” kan dat als een teken van hun “expulsion from humanity” worden opgevat, schrijft Arendt.<sup>1352</sup> In de volgende paragraaf wordt deze kritiek op de biologisering van het recht verder uitgewerkt via Foucaults begrip van *biomacht*. Daaronder verstaat hij machtsvormen die gericht zijn op het beheer van menselijk leven in biologische zin. Juist in de besluitvorming over medische biotechnologie wordt de burger meer dan ooit benaderd als lid van het menselijke ras.

## 7.5 Van biomacht naar biorecht

De biologisering van het recht gaat gepaard met de opkomst van een nieuw deelgebied in het recht: het *biorecht*. Zoals er in navolging van Michel Foucault van *biopolitiek* of *biomacht* wordt gesproken om de invoeging van het biologische leven in systemen van macht en kennis mee aan te duiden, en zoals *bio-ethici* een belangrijke positie hebben verworven bij de beantwoording van publieke vraagstukken over lichaam, leven en dood, zo is het biorecht het resultaat van de juridische bemoeienis met de biologische en lichamelijke dimensie van het menselijk bestaan.<sup>1353</sup> Alhoewel dit biorecht onmiskenbaar tot het terrein van het gezondheidsrecht kan worden gerekend, staat in het biorecht, meer dan in het gezondheidsrecht, expliciet de verhouding van het recht tot het menselijke leven in biologische zin centraal. Bovendien wordt met deze term tot uitdrukking gebracht dat deze tak van het recht deel uitmaakt van een breder geheel van hedendaagse vormen van biomacht, en daarmee hecht verbonden is. Een goed voorbeeld is de onderlinge verwevenheid tussen bio-ethiek en biorecht. Zoals we eerder zagen, worden de Franse wetten uit 1994 die de juridische positie van onder meer het embryo en het gestorven lichaam regelen, de “lois de bioéthique” genoemd. Rechtsgeleerden Van der Burg en Ippel spreken zelfs van een Siamese tweeling om de verhouding tussen recht en moraal in de biomedische praktijk te

1352 H. Arendt [1951], *The origins of totalitarianism*, San Diego/New York/Londen: Harvest/Harcourt 1973, p. 302.

1353 In tegenstelling tot Nederland zijn de termen *biodroit* en *biolaw* in het franse en engelse taalgebied vrij gangbaar, zoals onder meer blijkt uit de titels van een aantal publicaties (zie bijv. O. Cayla, *Bioéthique ou biodroit?*, *Droits*, nr. 13 (1991), p. 3-18; C. Neirinck, *De la bioéthique au bio-droit*, Parijs: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994; D. Beylvelde en R. Brownsword, *Human dignity in bioethics and biolaw*, Oxford: Oxford University Press 2001; J. Rendtorff, “Basic ethical principles in European bioethics and biolaw: Autonomy, dignity, integrity and vulnerability – Towards a foundation of bioethics and biolaw,” in *Medicine, health care and philosophy*, vol. 5 (2002), afl. 3, p. 235-244; S. Hennette-Vaucher (red.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, LGDJ: Parijs 2006).

beschrijven.<sup>1354</sup> Met name de juridische beginselen van zelfbeschikking en menselijke waardigheid maken deel uit van het grensgebied tussen recht en ethiek.

Voor een beter begrip van de relatie van het biorecht tot andere vormen van biomacht, is het zinvol stil te staan bij betekenis van het begrip *biomacht*, zoals Foucault dat in deel 1 van zijn *Geschiedenis van de seksualiteit (De wil tot weten)* heeft geanalyseerd. Reeds in 1976, dus nog voordat de medische biotechnologie een enorme vlucht had genomen, beschrijft Foucault in het laatste hoofdstuk, getiteld *Recht over de dood en macht over het leven*, hoe het menselijke leven in biologische zin steeds verder wordt beheerst en gevormd door politieke, wetenschappelijke, bureaucratische en andere machtsmechanismen. Deze nieuwe vormen van macht “die op het niveau van het leven, de soort, het ras en de demografische verschijnselen gesitueerd is en wordt uitgeoefend”,<sup>1355</sup> vat hij samen met de term *biomacht*. Foucault contrasteert biomacht met traditionele, hiërarchische vormen van macht, waarin formeel-juridische verboden en geboden centraal staan. Dit formele machtsbegrip duidt Foucault ook wel aan als *juridisch-discursief*,<sup>1356</sup> kortweg *juridisch*. Weliswaar behoorden van oudsher ook een ieders leven en dood tot de werkingssfeer van de juridische machtsvorm, met name in de vorm van het oude recht van de soeverein om over het leven en de dood van zijn onderdanen te beschikken. Toch verschilt dit recht van de soeverein over leven en dood wezenlijk van de wijze waarop biomacht in het biologisch leven van een ieder ingrijpt. In Foucaults woorden: “We zouden kunnen zeggen dat de plaats van het oude recht om ter dood te *brenge*n of in leven te *late*n is ingenomen door een macht die het leven in stand houdt dan wel in de dood stort.”<sup>1357</sup> In de klassieke, juridische benadering van macht wordt macht voorgesteld als een repressieve en negatieve verhouding, die bepaalde gedragingen *verbiedt* of *onderdrukt*. In Foucaults machtsmodel daarentegen, waarvan biomacht het voorbeeld bij uitstek vormt, wordt macht als productief of positief opgevat. Deze vorm van macht functioneert niet zozeer via wetten en verboden, zoals in het juridisch-discursieve model, maar via veelal impliciete en ondoorzichtige praktijken van normalisering en disciplineren. Gedrag wordt niet simpel verboden, maar gekneed en gemodelleerd op basis van wetenschappelijke maatstaven over wat normaal of abnormaal is. Daarbij speelt het individu zelf een belangrijke rol doordat hij zich deze maatstaven eigen maakt, ofwel internaliseert. Macht *produceert* vanuit die optiek niet alleen

1354 Zie W. van der Burg en P. Ippel (red.), *De Siamese tweeling. Recht en moraal in de biomedische praktijk*, Assen 1994. Ook volgens Leenen overlappen gezondheidsrecht en gezondheidsethiek elkaar tot op zekere hoogte (Leenen 2002, p. 20).

1355 M. Foucault [1976], *De wil tot weten. Geschiedenis van de seksualiteit 1*, Nijmegen: SUN 1985, p. 135.

1356 Foucault [1976] 1985, p. 84.

1357 Foucault [1976] 1985, p. 136.

bepaald gedrag,<sup>1358</sup> maar staat uiteindelijk zelfs aan de basis van de subjectiviteitsvorming. In het verlengde hiervan omschrijft Foucault biomacht als:

“een positieve macht over het leven, die zich tot taak stelt dit te beheren, op te voeren, te vermenigvuldigen, om het tot in onderdelen te beheersen en in zijn geheel te reguleren [...] Het bestaan dat nu in het geding is, is niet meer het juridische bestaan van de soevereiniteit, maar het biologische van een bevolking.”<sup>1359</sup>

Deze macht wordt met name zichtbaar in de biopolitieke machtsvormen die zich volgens Foucault vanaf de zeventiende en achttiende eeuw op explosieve wijze ontwikkelen. Onder *biopolitiek* verstaat hij de specifieke beheersmechanismen en technieken waarmee biomacht wordt uitgeoefend.<sup>1360</sup> Hij noemt “de problemen van het geboortecijfer, de levensduur, de volksgezondheid, de huisvesting en migratie” als voorbeelden van de “vele en gevarieerde technieken om de lichamen te onderwerpen en de bevolkingen te beheersen”.<sup>1361</sup> Foucault kon echter niet voorzien welke vergaande vormen deze biomacht via de mogelijkheden van de biotechnologie zou gaan aannemen. Met name de wending die hij aan Aristoteles’ beschrijving van de mens als een *zoón politikon* geeft klinkt profetisch in het licht van de biomedische technieken:

“Wat we de ‘drempel van de biologische moderniteit’ van een maatschappij kunnen noemen ligt daar waar de soort inzet van haar eigen politieke strategieën wordt. Duizenden jaren lang is de mens gebleven wat hij voor Aristoteles was: een levend wezen, dat bovendien in staat is tot een politiek bestaan; de moderne mens is een wezen in wiens politiek zijn bestaan als levend wezen in het geding is.”<sup>1362</sup>

Wanneer Sloterdijk in zijn roemruchte lezing *Regels voor het mensenpark* schrijft dat sinds de opkomst van biotechnologie *politieke beslissingen inzake de soort*

---

1358 Zo luidt de hoofdstelling van *De wil tot weten* dat seksualiteit, in tegendeel tot hetgeen vaak wordt geloofd, vanaf de zeventiende eeuw niet onderdrukt is geraakt, maar juist onderdeel is geworden van een aantal waarheidsvertogen, die aan de basis staan van de *vorming*, en dus niet de onderdrukking, van seksuele identiteiten en seksueel gedrag.

1359 Foucault [1976] 1985, p. 135.

1360 Foucault beschrijft het fenomeen biopolitiek als volgt: “Als we de invloeden onder de druk waarvan de bewegingen van het leven en de processen van de geschiedenis in elkaar grijpen, ‘biogeschiedenis’ kunnen noemen, dan zouden we van ‘biopolitiek’ moeten spreken om datgene aan te duiden op grond waarvan het leven en zijn mechanismen het gebied van de expliciete berekeningen betreden en het complex macht-weten een kracht wordt die de vorm van het menselijk leven verandert” (Foucault [1976] 1985, p. 140-141). Zie verder Foucault [1976] 1985, p. 137. Voor een nadere uitleg over het onderscheid tussen de begrippen *biomacht* en *biopolitiek*, zie P. Rabinow en N. Rose, “Thoughts on the concept of biopower today”, 2003, zie <[www.lse.ac.uk/collections/sociology/pdf/RabinowandRose-BiopowerToday03.pdf](http://www.lse.ac.uk/collections/sociology/pdf/RabinowandRose-BiopowerToday03.pdf)>, p. 3>.

1361 Foucault [1976] 1985, p. 138.

1362 Foucault [1976] 1985, p. 141.

onvermijdelijk zijn geworden,<sup>1363</sup> horen we hierin een echo van deze woorden. Met de regulering van biotechnologie en aanverwante technieken zijn het menselijk lichaam en leven meer dan ooit rechtstreeks op de politieke agenda beland.

De Britse filosoof Nikolas Rose trekt in zijn werk de lijn van Foucaults gedachten over biomacht door naar het huidige biomedische tijdperk.<sup>1364</sup> In zijn artikel “The politics of life itself” betoogt Rose dat de westerse mens zichzelf in toenemende mate begint te begrijpen in somatische termen. In zijn woorden: “selfhood has become intrinsically somatic.”<sup>1365</sup> Volgens Rose heeft de biopolitiek van deze tijd subtielere vormen dan voorheen gekregen. Als voorbeeld van de oudere biopolitiek noemt hij de eugenetische staatsprogramma’s van het begin van de 20<sup>e</sup> eeuw, zoals onder meer in de Verenigde Staten, Engeland, Zwitserland, nazi-Duitsland en nog tot 1976 in Zweden bestonden. In deze tijd zijn dergelijke programma’s ondenkbaar, en is biomacht veel diffuser en horizontaler van aard geworden. Zij dringt door in het leven van alledag en confronteert een ieder met vragen over zijn biologische identiteit, verwantschap en toekomst. Van bevolkingsonderzoeken tot reclames voor bepaalde diëten, van TV-programma’s over chirurgische *makeovers* tot *genetic counselling*, van voorlichtingscampagnes over orgaandonatie tot uiteenlopende vormen van prenatale diagnostiek, de normaliserende praktijk van biomacht is op talloze manieren en in vele contexten werkzaam. Habermas en anderen spreken van een *liberale eugenetica* om deze individuele en vrijwillige vormen van ingrijpen in lichaam en leven te benoemen. Rose vindt de term *eugenetica* te beladen en spreekt liever van “vital politics, biological ethics and genetic responsibility”<sup>1366</sup> om de nieuwe vormen van biomacht te benoemen. Welke term ook wordt gebruikt, de huidige biopolitieke trend vormt een goede illustratie van de toenemende mate waarin biomacht op “microfysisch” niveau functioneert, zoals Foucault dat uitdrukt.

Als gevolg van de opkomst en uitbreiding van de biomacht, treedt een verwatering op van de grenzen tussen het biologische en het politieke domein, zoals in het biorecht de grenzen tussen recht en biologisch leven onscherp worden. De biologische dimensie van het menselijk bestaan wordt binnen een biopolitiek kader het potentiële doelwit van politieke beslissingen. Op individueel niveau is dat vooral het menselijk lichaam en de voortplanting, op collectief niveau de samenstelling en vormgeving van de bevolking en de menselijke soort. Het gevolg is

1363 P. Sloterdijk, *Regels voor het mensenpark*, Amsterdam: Boom 2000, p. 40.

1364 Zie onder meer N. Rose, “The politics of life itself”, *Theory, Culture & Society* 2001, 18(6), p. 1-30; en Rabinow en Rose 2003.

1365 Rose 2001, p. 18. Dit lichamelijke zelfbegrip, stelt Rose, kenmerkt zich door een tweevoudige ontwikkeling: “On the one hand, our very own personhood is increasingly being defined by others, and by ourselves, in terms of our contemporary understandings of the possibilities and limits of our corporeality. On the other hand, our somatic individuality has become opened up to choice, prudence and responsibility, to experimentation, to contestation – and so to a ‘vital politics’.” (Rose 2001, p. 20).

1366 Rose 2001, p. 22.



een revolutionaire transformatie van de politieke, en bijgevolg ook de juridische, sfeer. Foucault gebruikt de volgende, treffende woorden om deze gedaantewisseling te beschrijven:

“Ongetwijfeld voor het eerst in de geschiedenis heeft het biologische zijn weerslag in het politieke. Het feit dat men leeft is niet langer de ontoegankelijke grondlaag die slechts van tijd tot tijd, in het toeval van de dood en zijn noodlottigheid aan de oppervlakte komt; een deel ervan komt binnen het gebied te liggen dat door het weten wordt beheerst en waarop de macht ingrijpt. Deze laatste heeft niet langer enkel met [rechtssubjecten]<sup>1367</sup> van doen op wie zij in het uiterste geval greep heeft door middel van de dood, maar met levende wezens, en de greep die de macht op hen heeft, zal op het vlak van het leven zelf moeten liggen. De macht krijgt toegang tot het lichaam niet zozeer door te dreigen met doodslag als wel door het leven in beheer te nemen.”<sup>1368</sup>

Met andere woorden, biomacht is geen formele machtsstructuur waar mensen in hun hoedanigheid van rechtssubject aan worden onderworpen. Het is daarentegen het geheel aan moderne machtstechnieken die het biologische leven van de mens van vlees en bloed op allerlei mogelijke manieren beheren, reguleren, vormgeven en beheersen. Op die manier zien we een verschuiving optreden van een machtsvorm die is gericht op subjecten in juridische zin, naar een netwerk van machtsmechanismen die subjecten in biologische zin omsluiten. Deze stelling is met name interessant in het licht van het onderscheid tussen het technisch-juridische en het biologisch-juridische persoonsbegrip dat in dit hoofdstuk centraal staat. Via het biologisch-juridische persoonsbegrip wordt de mens in het recht immers tot op zekere hoogte als een wezen van vlees en bloed benaderd. De opkomst van het biologisch mensbeeld in het recht kan als een gevolg van transformatie van de politieke sfeer worden gezien. Vanuit dat perspectief is de biologisering van het recht vooral het resultaat van een invoeging van het recht in het zich nog steeds uitbreidende netwerk van biomacht. Om die stelling te onderbouwen is een nader begrip van Foucaults visie op de relatie tussen recht en biomacht nodig.

In hetzelfde hoofdstuk van *De wil tot weten* betoogt Foucault dat de opkomst van de biomacht gepaard is gegaan met een verdringing van juridische of wettelijke vormen van macht. Niet alleen verdwijnt volgens Foucault daarmee het juridische in zekere zin naar de achtergrond, maar, belangrijker nog, wordt het recht daarmee onderdeel van het netwerk van biopolitieke strategieën. Het recht wordt bezet door de biomacht, raakt onlosmakelijk verbonden met andere instituties en

1367 De vertaling in de Nederlandse uitgave luidt *rechtspersonen*, maar in de originele tekst spreekt Foucault van *sujets de droit*.

1368 Foucault [1976] 1985, p. 140.

technieken van normalisering en disciplineren, en gaat ook zelf een biopolitieke functie vervullen. Licht binnen de klassieke, negatieve machtsopvatting de nadruk op het recht als *bron* van machtsuitoefening, in het model van biomacht vormt het recht vooral een *machts-effect*, “een enveloppe voor disciplinaire normen”, zoals Gutwirth het formuleert.<sup>1369</sup> In Foucaults woorden:

“Een [...] gevolg van deze ontwikkeling van de biomacht is het toenemend belang dat het mechanisme van de norm krijgt ten koste van het rechtsstelsel van de wet. [...] Ik bedoel hiermee niet te zeggen dat de wet verdwijnt of dat de gerechtelijke instellingen geleidelijk verdwijnen, maar dat de wet steeds meer functioneert als een norm, en dat het justitiële apparaat steeds meer deel wordt van een continuüm van (medische, bestuurlijke en dergelijke) apparaten die vooral een regulerende functie hebben. Een normaliserende maatschappij is het historische gevolg van een machtstechnologie die op het leven gericht is. In vergelijking met de maatschappijen tot aan de achttiende eeuw zijn wij een fase ingegaan waarin het juridische op de terugtocht is.”<sup>1370</sup>

Het recht gaat op in een bredere, biopolitieke structuur, en vermengt zich met andere technieken die een normaliserend effect hebben op de biologische aspecten van het menselijke bestaan. Politisering, medicalisering, commercialisering en juridisering van het lichaam en het leven vloeien in elkaar over. In het geval van het biorecht kan men onder meer denken aan een vermenging van het recht met de vocabulaires en invalshoeken van de biomedische wetenschap, het verzekeringswezen, de biomedische industrie, de bio-ethiek, en patiëntenverenigingen. Het biorecht is dan slechts een van de radertjes van de biopolitieke machine. Zo kan de biologisering van het recht in verband worden gebracht met een vermenging van het recht en de biomedische wetenschap. De mate waarin biomedische criteria hun weg naar het recht weten te vinden, zoals hiervoor is beschreven, vormt daar een teken van.

Tegelijkertijd wordt via het recht verzet geboden tegen de opkomende biomacht. De *Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen*, de *Wet op de medische keuringen* en de *Wet op het bevolkingsonderzoek* vormen goede voorbeelden. Deze wetten zien toe op de bescherming van de belangen van het individu tegen ongevraagde of ingrijpende vormen van onderzoek. Veelal is het voor het individu moeilijk in te schatten welke belangen op het spel staan, en waarmee hij nu eigenlijk instemt. Zo kan genetisch onderzoek vergaande consequenties hebben voor niet alleen het privé-leven van de persoon in kwestie, maar ook voor zijn professionele

1369 S. Gutwirth, *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap: een onderzoek naar de verhouding tussen recht en wetenschap met bijzondere illustraties uit het informaticarecht* (diss. VU Brussel), Brussel/Antwerpen: VUBPress/Maklu 1993, p. 238.

1370 Foucault [1976] 1985, p. 141-142.

leven, of het leven van zijn bloedverwanten. Wanneer onderzoek aan mensen wordt aangeboden die geen klachten hebben, zoals in het geval van *screening*, is het gevaar van medicalisering bovendien niet ver weg. Meer algemeen vormen vooral bevolkingsonderzoeken een illustratie van de wijze waarop het menselijk lichaam wordt onderworpen aan een geheel van controle-mechanismen en machtheffingen van politieke, bureaucratische, medische en economische aard.

Ook al wordt het rechtssubject via de genoemde wetten beschermd tegen ondoorzichtige praktijken van biomacht, deze wetten maken ontegenzeggelijk deel uit van regulering van het leven in biologische zin, en dragen op die manier eveneens bij aan een verdere juridificatie van het lichaam en het leven. Om die reden beschouwt Foucault zelfs rechten als het recht op leven of op lichamelijke integriteit als deel van het biopolitieke, en niet het juridische, machtsmodel. Deze rechten moeten volgens hem worden gezien als een reactie op de toenemende biopolitieke controle over het leven, rechten die daardoor echter even goed op een verdere politisering en juridificatie van dat leven berusten:

“We moeten ons niet laten misleiden door het feit dat sedert de Franse revolutie in de hele wereld grondwetten zijn opgesteld, wetboeken zijn geschreven en gewijzigd en er een onophoudelijke en luidruchtige wetgevende activiteit is: het gaat hier om vormen die een in wezen normaliserende macht aanvaardbaar maken.

En tegen deze macht [biomacht] die in de negentiende eeuw nog nieuw was, hebben de verzet biedende krachten zich juist beroepen op datgene dat door deze macht bezet wordt, te weten op het leven en de mens als levend wezen. [...] Veel meer dan het recht is het leven sindsdien de inzet van de politieke strijd geworden, ook al wordt deze verwoord in termen van het recht. Het ‘recht’ op het leven, op het lichaam, op gezondheid, op geluk, op de bevrediging van de behoeften, het ‘recht’ om achter alle vormen van verdrukking of ‘vervreemding’ terug te vinden wat men is of kan zijn, dit, voor het klassieke rechtssysteem zo onbegrijpelijk, ‘recht’ was het politieke antwoord op al deze nieuwe machtsprocedures die ook van hun kant niet meer ressorteren onder het traditionele recht van de soevereiniteit.”<sup>1371</sup>

Daarmee lijkt Foucault ook deze nieuwe rechten en juridische aanspraken buiten het institutioneel-juridische machtsmodel te plaatsen, en als biopolitiek onderdeel van (namelijk als reactie op) de toenemende biomacht te beschouwen.

Dat Foucault de opkomst van mensenrechten sinds de Franse revolutie in een uitsluitend biopolitiek kader plaatst, berust op een tamelijk eenzijdige interpretatie van de mensenrechten.<sup>1372</sup> In het volgende hoofdstuk wordt beargumenteerd

<sup>1371</sup> Foucault [1976] 1985, p. 142-143.

<sup>1372</sup> Rose en Agamben volgen Foucault hierin en beroepen zich eveneens op een dergelijke biologische lezing van de mensenrechten, zoals ook verderop nog aan de orde zal komen bij de bespreking van het werk van Agamben. Rose spreekt in dat verband zelfs van een *biological citizenship* dat aan de mensenrechten ten grondslag zou liggen: “[...] human rights now have a biological dimension and, partly in consequence, have gained a new kind of ‘species universality’.

dat er weliswaar een biologische component aan de mensenrechten te onderscheiden is, maar dat de mens van de mensenrechten niet volledig gelijk kan worden gesteld aan de mens in biologische zin. Wel is deze teneur duidelijk te herkennen in het bioconservatieve en neonaturalistische gedachtegoed. Tegen de opkomst en dominantie van biomedische visies op de mens brengen bioconservatieve denkers een evenzeer gebiologiseerd juridisch persoonsbegrip in het verweer.

Van meer belang is dat Foucault hier aan de orde stelt dat de politisering van het biologische leven voor een belangrijk deel ook via het juridisch discours heeft plaats gevonden en plaats vindt. De opkomst van biomacht laat zijn sporen na op het recht. Het recht wordt ingeschakeld als biopolitiek controlemechanisme. De politisering van het biologische bestaan keert in het recht terug in de vorm van een jurisdisering ervan, zoals de jurisdisering van beslissingen rond het begin en einde van het leven, van handelingen met het lichaam en het embryo, en van de zwangerschap. De juridificatie van het biologische leven, die op meerdere punten in dit onderzoek is aangestipt, past op die manier goed binnen het beeld dat Foucault schetst. Zo vormen *wrongful life* en *birth claims* sprekende en recente voorbeelden van het jurisdiseringsproces van een gebied dat voorheen tot een ieders biologische lot of de onveranderlijke natuur werd gerekend.

Met name de regulering van handelingen met het embryo past goed in deze beschrijving van het recht als onderdeel van de biopolitieke machinerie. Een groot aantal handelingen met het embryo is immers op zichzelf niet verboden, maar onderworpen aan allerlei voorschriften en voorwaarden. Hoewel de wetgever het veelal aan de ouders overlaat om te beslissen wat er met de embryo's gebeurt, wordt dit ongeboren leven via deze voorwaarden onderdeel gemaakt van het bureaucratische en medische-wetenschappelijke apparaat.<sup>1373</sup> Anders gezegd, het ongeboren leven wordt in beheer genomen, en de voorwaarden voor het voortbestaan, het gebruik en de vernietiging van dit leven worden tot in detail door de wet geregeld.

Nog interessanter is dat Foucault op dit punt niet alleen de verhouding tussen recht en biomacht omschrijft, maar hij bovendien een aanzet tot kritiek op die verhouding geeft. In bovenstaand citaat stelt hij over de sinds de Franse revolutie opgestelde wetboeken en grondwetten dat *“het gaat [...] om vormen die een in wezen normaliserende macht aanvaardbaar maken”*. In deze intrigerende zin lijkt Foucault het recht niet alleen als onderdeel van de biomacht te beschrijven, maar

---

Legal, political and social rights were first linked to the capacities and obligations of individuals who were elements of a political association. But now, it seems, each human being has such rights, simply by virtue of their existence as beings of the human kind. Individuals seem to have acquired a kind of biological citizenship – a universal human right to the protection, at least, of each human person's bare life and the dignity of their living vital body” (Rose 2001, p. 21). Ook Raux maakt zich schuldig aan een dergelijke redenering, wanneer hij stelt dat voor natuurrechts-aanhangers, “c'est la condition biologique de l'homme qui constituerait le mètre-étalon du droit en devenant le siège de la notion de dignité” (Raux 2005, p. 8).

1373 Zie hierover 4.1.4.

zelfs als *dienstbaar* eraan. Het recht faciliteert in die gedachtegang de oprukkende biomacht, en maakt nieuwe vormen van biomacht aanvaardbaar. In een college uit 1976, genaamd *Twee typen van macht*, stelt Foucault dan ook

“dat in onze dagen de macht tegelijk via dit recht en via deze [normaliserende] technieken wordt uitgeoefend, dat deze technieken en deze uit de disciplines ontstane vertogen binnendringen in het recht, [en] dat de procedures van de normalisering de procedures van de wet steeds meer koloniseren [...]”.<sup>1374</sup>

Met andere woorden, het recht wordt niet alleen deel van de normaliserende macht over het leven, maar wordt er zelfs ondergeschikt aan gemaakt. Daarmee komt de autonomie van het rechtssysteem op het spel te staan.

Foucaults woorden roepen de bezwaren van Labrusse-Riou en anderen tegen de biologisering van het recht in herinnering. Zij constateerde een onderwerping van het recht aan de doeleinden en methoden van de biomedische wetenschap, en aan beleidsoverwegingen op het gebied van de volksgezondheid. Meer algemeen vrezden critici van de biologisering dat het recht wordt gereduceerd tot een kritiekloze facilitator van de biomedische ontwikkelingen. Dat doet denken aan de kritiek van onder meer De Vries,<sup>1375</sup> Zwart,<sup>1376</sup> en Ten Have en Kimsma<sup>1377</sup> op de Nederlandse gezondheidsethiek. Zij stellen dat de gangbare medische ethiek, wegens haar proceduralistische, technische en contractualistische insteek, is verworden tot de hulpwetenschap van de medische wetenschap.<sup>1378</sup>

De Franse rechtsgeleerde Binet, die zijn proefschrift wijdde aan de verhouding tussen het recht en de medische biotechnologie,<sup>1379</sup> spreekt in dat verband van een *droit asservi par le scientisme*, ofwel het recht in ban van de scientistische ideologie. Aan de tendens om de biomedische wetenschap als juridisch onaantastbaar en neutraal te zien, liggen volgens hem twee vormen van scientisme ten grondslag:

“Le droit est asservi par le scientisme. [...] Du scientisme, deux sens peuvent être retenus. C’est d’abord l’idée que la science fait connaître les choses comme elles sont, résout tous les problèmes réels et suffit à satisfaire tous les besoins légitimes de l’intelligence humaine. Le second sens possible, moins radical, est l’idée que l’esprit et les méthodes scientifiques doivent être étendus à tous les domaines

1374 M. Foucault, “Twee typen van macht. College van 14 januari 1976”, *Te Elfder Ure* 1981, nr. 29, p. 576 e.v., zie <[www.marxists.org/nederlands/foucault/1976/1976typenmacht.htm](http://www.marxists.org/nederlands/foucault/1976/1976typenmacht.htm)>.

1375 G. de Vries, *Gerede twijfel over de rol van de medische ethiek in Nederland*, Amsterdam: De Balie 1993.

1376 H. Zwart (1993a), *Ethische consensus in een pluralistische samenleving. De gezondheidsethiek als casus* (diss. Nijmegen), Amsterdam 1993.

1377 H. ten Have en G. Kimsma, *Geneeskunde tussen droom en drama*, Kampen: Kok Agora 1987.

1378 Voor een analyse van de verschillende punten van kritiek van deze auteurs, zie Zwart 1993a, p. 34 e.v.

1379 J.-R. Binet, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine* (diss. Toulouse), Parijs: PUF 2002.

de la vie intellectuelle et morale sans exception. Cette illusion, souvent dénoncée, nous semble avoir gagné le domaine du droit. C'est alors parce qu'ils ne croient plus, bien souvent, qu'en cette puissance de la science, que les juristes, ou certains d'entre eux, se sont sentis obligés d'en imiter les méthodes, véritable modèle de perfection, ce qui les a conduits à l'oubli du droit."<sup>1380</sup>

Volgens Binet manifesteert het sciëntisme zich via een bepaalde visie op zowel de empirische wetenschap als de rechtswetenschap, die beide tekortschieten bij de juridische inkadering van de medische biotechnologie. Om met het eerste te beginnen, de traditionele kijk op de wetenschap als het objectief, passief en zo getrouw mogelijk weergeven van de werkelijkheid, wordt veelal verondersteld ongewijzigd van toepassing te zijn op de biomedische wetenschap. Bij een dergelijke voorstelling van zaken is de biomedische wetenschap verheven boven iedere juridische of politieke bemoeienis. In de biomedische praktijk wordt echter niet alleen de ontsluiting van de empirische werkelijkheid nagestreefd, maar ook de wijziging, verbetering en manipulatie ervan. Deze biomedische interventies vragen om regulering.

Wat de rechtswetenschap betreft, doelt Binet op het streven van juristen om natuurwetenschappelijke methoden toe te passen binnen de sfeer van het recht. Via een empirische en technische benadering van het recht is het volgens Binet echter onmogelijk de medische biotechnologie werkelijk te reguleren. Eerder is het gevolg van een sciëntistische opvatting van de rechtswetenschap een onderwerping van het recht aan de biomedische ontwikkelingen. Bovendien mondt een dergelijke benadering al gauw uit in een opvatting van het recht als slechts een techniek of instrument van de politiek van het moment, een waarde-vrij stelsel waarin voor beginselen als de menselijke waardigheid geen plaats is, slechts voor een 'feitelijke' visie op de mens. Binet laat dat onder meer zien aan de hand van de verhouding tussen recht en wetenschap in het Derde Rijk. In het laatste deel van dit hoofdstuk wordt bij deze observaties aangeknoopt.

Deze sciëntistische visies op de biomedische wetenschap en rechtswetenschap versterken elkaar, en hebben gecombineerd een potentieel desastreus effect op de beginselen en categorieën van het recht. In beide visies is geen plaats om de taak die het recht bij de regulering van biomedische technieken krijgt te doordenken. Zij vooronderstellen daarentegen een bepaalde visie op rechtswetenschap en natuurwetenschap, op grond waarvan juridische bemoeienis met wetenschappelijke ontwikkelingen uit den boze is. In de volgende paragraaf wordt zowel de biomedische als de rechtswetenschappelijke variant van het sciëntisme bekeken.

---

<sup>1380</sup> Binet 2002, p. 137.

## 7.6 Rechtswetenschap en biomedische wetenschap

Nu biologische en medische onderzoeksactiviteiten via wetgeving als de *Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen* en de Embryowet tot het toepassingsgebied van het recht zijn gaan behoren, en het een maatschappelijk gebruik is geworden om kwesties van bioethische aard mede aan de jurist voor te leggen, wordt het wetenschappelijk gehalte van de rechtswetenschap zelf ter discussie gesteld. Wat weet de jurist van de biomedische praktijk, en wat is nu eigenlijk de expertise die hij heeft in te brengen bij de beoordeling van nieuwe technieken en onderzoeksgebieden? Leidt juridische interventie niet tot onnodige vertraging van wetenschappelijke vooruitgang? Kan de jurist zich niet beter tot het sociale domein beperken, en gepaste afstand tot het natuurwetenschappelijke domein van de harde feiten houden? In dat verband pleegt men erop te wijzen dat wetgeving op dit terrein onvermijdelijk achter de feiten aanhobbelt, en meestal reeds voor inwerkingtreding door de wetenschappelijke praktijk is ingehaald. Gezondheidsjurist Van Veen verwoordt de verwarring van juristen over hun taak in dit soort kwesties als volgt:

“Amechtig probeert het positieve recht de genetische revolutie bij te houden. Zowel de ordenende als de beschermende functie van het recht staan op het spel. Toch heb ik als gematigd positivist geen antwoord op de fundamentele vragen die hier aan de orde zijn.”<sup>1381</sup>

De biomedische ontwikkelingen roepen vragen op over de taakverdeling tussen recht en harde wetenschappen. Dat de juridische bemoeienis met de biomedische praktijk nog steeds op verzet stuit, vindt zijn oorzaak in een scherpe tweedeling tussen recht en natuurwetenschappen. Bij de regulering van de medische biotechnologie lijken beide domeinen echter steeds dichterbij elkaar te komen. Zo worden de onderzoeksactiviteiten op biomedisch terrein onderworpen aan nationale en internationale regulering, en is het biorecht een nog altijd uitdijend rechtsgebied. Omgekeerd blijkt de invloed van de biomedische wetenschap op het recht uit de incorporatie van medisch-wetenschappelijke criteria in regelgeving en rechtsdogmatiek. In de eerste plaats wordt de regelgeving op biomedisch terrein in de praktijk veelal afhankelijk gemaakt van ‘de wetenschappelijke ontwikkelingen’ (7.6.1). Daarnaast blijven empirische methoden van de harde wetenschappen blijven een aantrekkingskracht op rechtswetenschappers uitoefenen, getuige de terugkerende roep om empirische methoden een plaats in de rechtswetenschap te geven (7.6.2).

Genoeg reden om te stellen dat de relatie tussen recht en harde wetenschap als gevolg van de biomedische praktijk ter discussie staat. Hieronder wordt dat

<sup>1381</sup> E.-B. van Veen, “De genetische revolutie, concurrerende rechtsvorming en de bijdrage van de jurist”, *TvG*, 26 (2002), nr. 1, p. 1.

spanningsveld verkend en geanalyseerd. Naar aanleiding daarvan zal ik betogen dat de traditionele taakverdeling tussen recht en natuurwetenschappen op dit vlak aan heroverweging toe is.

### 7.6.1 *Het recht in de ban van 'de wetenschappelijke ontwikkelingen'*

De biologisering en medicalisering van het recht manifesteert zich mede in de wettelijke verwijzingen naar het belang van wetenschappelijke vooruitgang op het terrein van de geneeskunde en de biologie, zoals in de *Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen* (WMO) en de Embryowet. Zo luidt een belangrijke voorwaarde voor medisch-wetenschappelijk onderzoek waarbij mensen als proefpersonen zijn betrokken “dat het wetenschappelijk onderzoek tot de vaststelling van nieuwe inzichten op het gebied van de medische wetenschap zal leiden” (artikel 3 sub a WMO). Met andere woorden, medisch-wetenschappelijk onderzoek met behulp van proefpersonen wordt niet goedgekeurd, tenzij het de wetenschappelijke vooruitgang bevordert. Ook in de Embryowet is in diverse bepalingen<sup>1382</sup> hetzelfde doelcriterium van “de vaststelling van nieuwe inzichten” op het terrein van de medische wetenschap, of een deelgebied daarvan, te herkennen als voorwaarde voor onderzoek met embryo's en foetussen. In deze bepalingen treedt het spanningsveld tussen de integriteit van het menselijk lichaam en de beschermwaardigheid van het embryo enerzijds, en wetenschappelijke ontwikkelingen en belangen anderzijds, openlijk op de voorgrond.

Nog duidelijker treedt die spanning aan het licht wanneer men het voorlopig verbod op de creatie van embryo's voor wetenschappelijk onderzoek nader beziet. Onder het verbod valt onder meer therapeutisch kloneren. Dat verbod kon blijkens artikel 33 lid 2 Embryowet worden opgeheven bij koninklijk besluit, zo is reeds naar voren gekomen. Of het verbod moest worden ingetrokken diende volgens de Memorie van Toelichting bij de Embryowet te zijner tijd te worden bekeken “in het licht van de medische mogelijkheden en de nationale en internationale opvattingen ter zake”.<sup>1383</sup> In dat kader is opdracht gegeven tot een evaluatie van de Embryowet, waarvan in 2006 de conclusies zijn bekend gemaakt. In de evaluatie is bijna uitsluitend gekeken naar de mogelijke belemmeringen die de huidige wet opwerpt voor wetenschappelijk onderzoek, en nauwelijks naar de onderliggende waarden, zoals respect voor menselijk leven, die de Embryowet beoogt te beschermen. Het wekt dan ook weinig verbazing dat de conclusie van het evaluatie-rapport luidt dat het verbod moet worden opgeheven, aangezien de wetenschappelijke vooruitgang volgens de auteurs van het rapport te veel wordt gestremd.<sup>1384</sup> Hoewel het daarop volgende kabinet heeft besloten de aanbevelingen van de evaluatie-commissie niet op te volgen, en het verbod op de creatie van

1382 Zie artt. 10 sub a, 11, 16 sub a en 19 sub a Embryowet.

1383 *Kamerstukken II 2000/01, 27 423, nr. 3, p. 29 (MvT)*.

1384 Zie *Evaluatie Embryowet*, Den Haag: ZonMw 2006, p. 104.



embryo's voor wetenschappelijke doeleinden in stand te laten, richt dit kabinet zich in zijn redenering eveneens vooral op de wetenschappelijke ontwikkelingen, zo blijkt uit de MvT bij het voorstel tot wijziging van de Embryowet.<sup>1385</sup> De stand van de wetenschap geeft volgens de verantwoordelijke bewindslieden vooralsnog geen reden tot opheffing van het verbod. Met andere woorden, het antwoord op de vraag of embryo's voor wetenschappelijke doeleinden mogen worden gecreëerd, wordt in de praktijk vooral afhankelijk gesteld van wetenschappelijke inzichten en vooruitzichten.

De Embryowet is niet de enige wet op biomedisch terrein die aan een evaluatie is onderworpen. Vrijwel alle belangrijke biomedische wetgeving, zoals de WOD, de WMO en de WAZ, worden periodiek geëvalueerd. De belangrijkste overweging om tot evaluatie van dit type wetgeving over te gaan is dat deze wetgevingsgebieden ten gevolge van wetenschappelijke ontwikkelingen nog volop in beweging zijn. In theorie beperken deze evaluaties zich tot onderzoek naar de doeltreffendheid en de effecten van de wet in kwestie, maar in de praktijk gaan de aanbevelingen deze doelstellingen te buiten, zoals uit het voorbeeld van de Embryowet bleek.

Eveneens zijn er in het geldende biorecht naast de Embryowet talloze andere voorbeelden van tijdelijke verboden te vinden, die afhankelijk van de ontwikkelingen op biomedisch gebied kunnen worden opgeheven, of automatisch na een bepaalde periode vervallen. Te denken is onder meer aan het *de facto* tijdelijke verbod op selectie van embryo's op basis van genetische kenmerken (preïmplantatie genetische diagnostiek ofwel PGD) ten behoeve van een zieke broer of zus,<sup>1386</sup> en het verbod op xenotransplantatie, dat via AMVB kan worden opgeheven.<sup>1387</sup> Daarnaast zijn veel medische handelingen, zoals erfelijkheidsadvisering,<sup>1388</sup> embryoselectie<sup>1389</sup> en stamceltransplantatie,<sup>1390</sup> afhankelijk van een vergunningbeleid (met name op basis van de kaderwet *Wet op bijzondere medische verrichtingen*), en zijn verschillende soorten medisch-wetenschappelijk onderzoek onderworpen aan een goedkeuringsprocedure (zie met name de Embryowet en de WMO) door de *Centrale commissie mensgebonden onderzoek* (CCMO).

1385 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 046, nr. 3, p. 1 (MvT).

1386 Dit *de facto* verbod blijkt uit de bijlage bij de *Regeling preïmplantatie genetische diagnostiek* 2009, dat een uitvoerende ministeriële regeling is op basis van de *Wet op bijzondere medische verrichtingen* (art. 2 WBMV io. art. 1 Regeling). In bijlage 2 staat geschreven: "HLA-typing uitsluitend ten behoeve van een ander is niet geoorloofd, aangezien het 'nieuwe' kind dan alleen ter wereld komt ten behoeve van het andere kind." Uit art. 2 lid 2 WBMV blijkt bovendien dat een dergelijke ministeriële regeling als de Regeling is, uiterlijk na 4 jaar na inwerkingtreding vervalt, en dat het verbod slechts bij AMVB kan worden voortgezet.

1387 Art. 6a lid 2 Wet op de bijzondere medische verrichtingen.

1388 Art. 1 sub h Besluit aanwijzing bijzondere medische verrichtingen 2007 io. art. 3 Planningsbesluit klinisch genetisch onderzoek en erfelijkheidsadvisering 2009.

1389 Art. 1 sub h Besluit aanwijzing bijzondere medische verrichtingen 2007 io. art. 1 lid 2 Regeling preïmplantatie genetische diagnostiek 2009.

1390 Art. 1 sub d Besluit aanwijzing bijzondere medische verrichtingen 2007 io. art. 2 Planningsregeling stamceltransplantatie 2009.

Op grond van deze regelingen en periodieke evaluaties kan men concluderen dat het inmiddels gemeengoed is dat wetenschappelijke ontwikkelingen aanleiding geven tot aanpassingen van het bestaande recht. De vraag is echter tot welke type aanpassingen de biomedische ontwikkelingen precies aanzetten.

Betreft het met name de invoeging van nieuwe technieken en vindingen onder het bereik van de wet? Een goed voorbeeld is de wettelijke definitie van het embryo. De huidige definitie<sup>1391</sup> blijkt op grond van recente wetenschappelijke ontwikkelingen te beperkt te zijn. Met name de eis dat de cellen uit zouden kunnen groeien tot een mens maakt dat bepaalde vormen van onderzoek met geslachtscellen buiten het toepassingsbereik van de wet vallen. Het zou betekenen dat de verschillende verboden en voorwaarden uit de Embryowet die betrekking hebben op handelingen met embryo's niet van toepassing zijn op niet-levensvatbare embryo's. Zo zou bijvoorbeeld de totstandkoming van bepaalde mens-dier-combinaties<sup>1392</sup> niet verboden zijn, noch de creatie van embryo's voor wetenschappelijk onderzoek, zo lang deze niet levensvatbaar zijn.<sup>1393</sup> De problemen rond de definitie van het embryo illustreren hoe de wet al snel door de wetenschappelijke praktijk dreigt te worden ingehaald. In dergelijke gevallen is aanpassing van de wet uiteraard wenselijk en gelegitimeerd.

Of gaat het bij de aanpassing van het recht aan wetenschappelijke ontwikkelingen daarentegen vooral om de versoepeling van het recht, het verwijderen van bestaande juridische barrières voor onderzoek, en het scheppen van uitzonderingen op juridische grondbeginselen en -waarden? De Franse hoogleraar constitutioneel recht Bertrand Mathieu betoogt in zijn boek over de betekenis van grondrechten bij de regulering van de humane genetica dat voornamelijk van een juridische facilitering van de wetenschappelijke praktijk sprake is. Volgens hem vormt de getoonde "souplesse" van het recht om zich aan te passen aan nieuwe wetenschappelijke vindingen een bewijs van de macht die het wetenschappelijk bedrijf over het recht heeft:

"La marque de l'emprise de la science sur le droit se manifeste essentiellement par le caractère provisoire de la loi. [...] Le législateur se trouve soumis à une pression, dont la légitimité n'est pas en cause, mais dont l'efficacité est redoutable visant à adapter le droit au fait médico-scientifique. [...] Cette pression, qui s'exerce sur le législateur en vue de mettre le droit au service de la science, manifeste tout à la fois la volonté que les dispositions législatives ne soient pas fixées de manière permanente afin de ne pas figer l'évolution de la science et celle que le législa-

1391 "Cel of samenhangend geheel met het vermogen uit te groeien tot een mens" (art. 1 sub c Embryowet).

1392 De regering heeft zelf aangegeven dat het plaatsen van een menselijke somatische cel in een ontkernde dierlijke eicel vooralsnog niet onder de Embryowet valt, aangezien de zo ontstane embryo's niet levensvatbaar zullen zijn (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 XVI nr. 263, bijlage, p. 7).

1393 Voor een uitgebreidere beschrijving van de implicaties, zie *Evaluatie Embryowet* 2006, p. 54.

teur, ignorant de la technique, s'en remet à la sagesse de ceux qui savent. Le caractère provisoire, mais non expérimental de la loi, car l'on ne revient en général pas sur les possibilités offertes à la science, traduit et favorise tout à la fois cette perméabilité et cette souplesse du droit. [...] L'évolution des règles n'est pas, alors, dictée par des considérations tenant à la prise en compte de résultats d'expertises ou d'expérimentations, mais par une remise en cause des principes sur lesquels étaient fondées ces règles.”<sup>1394</sup>

Met andere woorden, volgens Mathieu wordt de vraag naar de legitimiteit van de ontwikkelingen, en of de ontwikkelingen in overeenstemming zijn met de bestaande rechten en beginselen, nauwelijks gesteld.

Zijn kritiek lijkt helaas voor een deel ook van toepassing op de Nederlandse situatie. In dat opzicht is er sprake van een verontrustende ontwikkeling. De beschermende werking van rechtstatelijke beginselen als respect voor lichamelijke integriteit, menselijk leven en menselijke waardigheid wordt geleidelijk aan ondermijnd en uitgehold wanneer men deze belangen en waarden niet werkelijk in de afwegingen betreft en ontwikkelingen slechts toetst op criteria die aan de biomedische wetenschap zijn ontleend.

#### 7.6.2 *De rechtswetenschap in de ban van de empirische wetenschappen*

Over een antwoord op de vraag wat het betekent om persoon te zijn kan worden getwist, maar duidelijk is dat we een totaal verschillend antwoord kunnen verwachten van de jurist dan van de natuurwetenschapper. Immers, in de woorden van Labrusse-Riou:

“On ne pense pas la science et le droit de la même manière, pas plus que l'on ne voit de la même manière la cellule ou le corps, selon que l'on est juriste ou médecin. A chacun son langage, et l'harmonie des langues qui sont autant de visions du monde ne va pas de soi.”<sup>1395</sup>

De bioloog en de jurist bekijken het menselijk leven, lichaam, genoom en embryo vanuit een geheel ander perspectief. Toch is er een tendens om het gezag van de rechtswetenschap bij de normering van het biomedische veld in twijfel te trekken.

Het is niet toevallig dat Stolker zijn bekende artikel over de wetenschappelijke status van de rechtswetenschap aanvangt met twee casus die voortkomen uit

<sup>1394</sup> B. Mathieu, *Génome humain et droits fondamentaux*, Parijs: Ed. Economica, 2000, p. 21-22.

<sup>1395</sup> Labrusse-Riou 1996a, p. 10.

technische ontwikkelingen: de Franse rechtzaak *Martinot*<sup>1396</sup> over de toelaatbaarheid van *cryonics*, dat wil zeggen, de praktijk waarin menselijke stoffelijke overschotten worden ingevroren, in de hoop dat in de toekomst de technische middelen worden gevonden om de gestorven persoon weer tot leven wekken; en de *Baby Kelly*-zaak, die immers tegen de achtergrond van prenatale diagnostiek kan worden begrepen. Volgens Stolker mondt dit soort kwesties veelal uit in twijfel over het wetenschappelijk niveau van de rechtswetenschap:

“Er zijn talloze vindingen en doorbraken in de geneeskunde, in de biochemie en in de technische wetenschappen die tot juridische vragen leiden. Van de rechtswetenschap wordt verwacht dat zij antwoorden formuleert. Maar hoe doet zij dat? En met welk gezag? Met wetenschappelijk gezag. Maar hoe wetenschappelijk is de rechtsgeleerdheid? In de ogen van de andere wetenschappen is de status van de rechtswetenschap niet zonder meer een gegeven.”<sup>1397</sup>

De rechtswetenschap heeft in vergelijking met de natuurwetenschappen te kampen met een academisch imago-probleem. Rechtswetenschappers hebben met name moeite hun methodologie aan de buitenwereld te verkopen. Een belangrijke reden is dat, al dan niet bewust, natuurwetenschappelijke criteria als de algemeen geldende criteria voor wetenschapsbeoefening worden beschouwd. Vanuit het natuurwetenschappelijke perspectief schiet de rechtswetenschappelijke methode echter tekort. Dat kan bij de verdeling van onderzoeksgelden ongunstig uitpakken voor rechtswetenschappers. Volgens Franken blijkt dat “bij de indeling van activiteiten en de toedeling van middelen, dat het model van de natuurwetenschappen bepalend is voor de kwalificatie van wat onderzoek en wat wetenschap is.”<sup>1398</sup> Daardoor dreigt de rechtswetenschap buiten de boot te vallen.

De reputatie die de juridische discipline bij andere wetenschappers geniet als *rechtsgeleerdheid*, en niet als *rechtswetenschap*, dateert niet van pas geleden. Zo doet Scholten reeds in 1942 in een voordracht voor de Afdeling Letterkunde van de KNAW verslag van een soortgelijke ervaring:

“Het is reeds enigen tijd geleden, dat in een gesprek over de samenstelling onzer Afdeeling een der leden mij de opmerking maakte, dat de juristen er niet in thuis hoorden. Die opmerking was niet onvriendelijk bedoeld, allermint persoonlijk; de spreker gaf toe, dat de rechtsgeleerde leden der Afdeeling wel waardevolle bijdragen tot het werk der Akademie leverden, maar als zij dat deden, traden zij buiten hun eigenlijke vak, was het niet meer de jurist die aan het woord was.”<sup>1399</sup>

1396 Ten tijde van Stolkers schrijven was de zaak slechts in eerste aanleg voor de rechter geweest. Inmiddels is de zaak door de Conseil d'Etat beoordeeld, en wel in het nadeel van de familie Martinot (zie CE 6 januari 2006, *Recueil Dalloz* 2006, IR, 327).

1397 C.J.J.M. Stolker, “Ja, geléerd zijn jullie wel!”, *NJB* 2002, p. 766-778.

1398 H. Franken, “Rechtsgeleerdheid in de rij der wetenschappen”, *NJB* 2004, p. 1400-1408.

1399 Dit citaat wordt door Stolker en Franken aangehaald (zie Stolker 2002 en Franken 2004).

Vanuit dat oogpunt is het niet vreemd dat sommige rechtswetenschappers hun toevlucht zoeken tot empirische en natuurwetenschappelijke methoden bij de bestudering van het recht. Mede met het oog op het verwerven van onderzoeksgelden lijkt de aangewezen manier om het wetenschappelijk imago van de rechtswetenschap op te krikken om aansluiting te zoeken bij empirische onderzoeksmethoden. Een dergelijk tendens constateert ook een groep Tilburgse rechtswetenschappers in een artikel over methoden van rechtswetenschap:

“Wensen die steeds opnieuw geuit worden, zijn dat meer empirisch onderzoek plaatsvindt en dat normatieve vraagstukken ook vanuit andere wetenschappelijke invalshoeken worden bekeken. De wenselijkheid hiervan is zo sterk dat ook NWO en andere tweede geldstroomgevers hun subsidievoorwaarden daarop afstemmen. Beoordelaars in de besturen van NWO zijn vaak niet-juristen die juist op dit punt zwaar toetsen.”<sup>1400</sup>

Dikwijls klinkt dan ook de roep om het gebruik van empirische methoden in de juridische discipline. In een reactie op Stolkers artikel gaat hoogleraar rechts-economie De Geest nog een stap verder door de *natuurwetenschappelijke* benadering ten voorbeeld aan de rechtswetenschap te stellen. Voor De Geest is het criterium voor wetenschappelijkheid de empirische toetsbaarheid, en daarin schiet de rechtswetenschap volgens hem fundamenteel tekort. Sterker nog, “de huidige rechtswetenschap zit voor een stuk nog in haar voor-wetenschappelijke fase”, zo stelt De Geest. Een voorbeeld dat hij geeft is het beroep in rechtswetenschappelijke argumentatie op algemene rechtsbeginselen. Aangezien algemene rechtsbeginselen niet waarneembaar en niet empirisch toetsbaar zijn, brengen zij “de rechtswetenschap op het niveau van de theologie”, is De Geest van mening. Deze vage beginselen vormen volgens hem een manier voor rechtswetenschappers om hun eigen oordelen te camoufleren, en het bestaande recht in te loodsen. Het gevolg is, in De Geests woorden, dat “rechtsgeleerden dan een mate van vrijheid krijgen die in geen enkele andere wetenschap bestaat. Want in een echte empirische wetenschap is er altijd één ding dat de creativiteit belemmert: de harde werkelijkheid”.<sup>1401</sup> Met andere woorden, de rechtswetenschap distantieert zich volgens hem te veel van de empirische werkelijkheid en wetenschap.

In het biorecht krijgt deze tendens om in de rechtswetenschap aansluiting te zoeken bij empirische methoden een nieuwe dimensie. Rechtswetenschappers zijn geneigd om bij de uitleg van bioethische wetgeving medisch-wetenschappelijke feiten tot doorslaggevende factoren te verheffen. Een dergelijke aanpak is verleidelijk aangezien ‘de harde feiten’ veelal de enige houvast lijken te bieden op het

1400 M. Barendrecht, J. Vranken, W. van Boom, M. Borgers, W. van der Burg, I. Giesen, B. van Roermond en H. Tjissen, “Methoden van rechtswetenschap: komen we verder?”, *NJB* 2004, p. 1419-1428.

1401 G. de Geest, “Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?”, *NJB* 2004, p. 58-66.

moreel glibberige terrein van bioethische kwesties. Uit vrees dat het eigen morele oordeel de uitleg van het geldende recht gaat beïnvloeden, en in het streven naar een zakelijke, strikt wetenschappelijke aanpak van de materie, grijpt de rechts-wetenschapper terug op de feiten van het geval. De medisch-wetenschappelijke feiten bieden immers een ogenschijnlijk neutraal perspectief.

Deze benadering schiet echter fundamenteel tekort bij de interpretatie van de wettelijke regulering van biomedisch onderzoek. Het uitgangspunt van dit type wetgeving is nu juist de uitoefening van het wetenschappelijk bedrijf aan juridische voorwaarden en beginselen te binden. De biomedische feiten en grenzen kunnen niet langer als neutrale, natuurlijke gegevens gelden, maar worden het object van juridische bemoeienis. Op het moment dat de biologische werkelijkheid recombineerbaar en manipuleerbaar blijkt, is een beroep binnen juridisch kader op de biologische feiten niet alleen zwak en logisch onhoudbaar (het gevaar van de naturalistische drogredenering), maar heeft dat ook tot gevolg dat de ontwikkeling van biomedische technologie ongestuurd en ongecontroleerd plaats vindt. Als immers binnen het biorecht al te zeer de nadruk komt te liggen op empirische maatstaven en biomedische criteria, bestaat het risico dat medisch-biologische ontwikkelingen niet door het recht worden genormeerd, maar slechts als voldongen feiten een plaats in het recht krijgen. Het recht lijkt dan enkel het technisch-wetenschappelijk proces te kunnen *bekrachtigen*, zoals Gutwirth dat treffend formuleert.<sup>1402</sup>

In dat verband onderstreept Labrusse-Riou dat de juridische benadering van de feiten geen *taxinomie neutre* is, maar een *axiologie opératoire*.<sup>1403</sup> Het juridisch kwalificatie-proces laat zich niet reduceren tot de technische, (verondersteld) waarde vrije determinatie van verschijnselen die eigen is aan het empirische wetenschapsmodel. De rechtswetenschap is daarentegen voor een belangrijk deel een *normatieve* en *interpretatieve* wetenschap. Het is als axiologisch systeem onlosmakelijk verbonden met waarden en beginselen – zoals rechtvaardigheid, gelijkheid, wederkerigheid en de menselijke waardigheid – die via geschreven en ongeschreven normen doorwerken bij de juridische waardering van de feiten. Franken beschrijft dit verschil tussen de rechts- en natuurwetenschappelijke benadering van de feiten in de volgende passage:

“De ‘quest for truth in the laboratory’ is uiteindelijk een andere dan de ‘quest for truth in the courtroom’. De rechter neemt – verstehend – een gebeurtenis voor waar aan. Dit brengt mij langs een andere weg tot de conclusie, dat juristen niet de pretentie hebben uitspraken te doen, die volgens één erkende methode totstandkomen, die objectief worden toegepast en universeel, d.w.z. als een wetmatigheid kunnen worden beschouwd. De uitspraken van de rechtswetenschap zijn gericht op

<sup>1402</sup> Gutwirth 1993, p. 463.

<sup>1403</sup> Labrusse-Riou 1996a, p. 9.

praktisch handelen en niet zozeer op theoretisch kennen van verschijnselen in de natuur. Dit betekent, dat zowel de activiteit van de wetenschappelijk onderzoeker als die van de praktiserende jurist (rechter) wordt gekenmerkt door argumentatie en intersubjectiviteit. De teksten vormen een 'open texture'.<sup>1404</sup>

Met andere woorden, het recht wordt gekenmerkt door een eigen waarheids- en werkelijkheidsbegrip. Hoe je de juridische benadering van de werkelijkheid ook verwoordt, en ook al blijft discussie over het wetenschappelijk gehalte en de methoden van de rechtsgeleerdheid voortduren, men is het er over het algemeen over eens dat het misplaatst zou zijn, en zelfs strijdig met de taak van juristen, wanneer deze laatsten geheel dezelfde empirische en waarde vrije werkwijze als natuurwetenschappers zouden hanteren of nastreven. Het is in de specifiek juridische benadering van de werkelijkheid dat de autonomie van de juridische methodologie besloten ligt.

Voor een werkelijk begrip van de taak van het recht bij de regulering van biomedische technieken, is allereerst een andere visie op het wetenschappelijk bedrijf noodzakelijk. De moderne biotechnologie is in tegenspraak met het traditionele beeld van de wetenschap als een proces dat onttrokken is aan politieke en maatschappelijke mechanismen. De wetenschappelijke creaties die in biotechnologische laboratoria tot stand worden gebracht, passen niet bij een opvatting over wetenschappelijk onderzoek als het zuiver blootleggen van de feiten uit de natuur. Eerder is het zo dat in de biotechnologische praktijk feiten worden *gecreëerd*. Gekloonde schapen, lichtgevende konijnen, onco-muizen, genetisch gemodificeerde mais, en scheiten of gapen (dat wil zeggen, kruisingen tussen schapen en geiten) kunnen moeilijk worden beschouwd als de resultaten van een neutrale, wetenschappelijke weergave van de bestaande, biologische werkelijkheid. Het klassieke, *mimetische* wetenschapsmodel, waarin het zo accuraat mogelijk afbeelden en weergeven van de natuur en de werkelijkheid voorop staat, is op dit wetenschappelijk terrein niet van toepassing. In plaats daarvan kan men spreken van een *poëtisch* wetenschapsmodel. In de poëtische benadering wordt de natuur niet nagebootst, maar gecreëerd en gemodificeerd.<sup>1405</sup> Deze 'creatieve' vorm van wetenschap benadert daarmee het domein van de beeldende kunsten. Verschillende toepassingen van poëtische wetenschap worden dan ook al ingezet bij de creatie van kunstwerken. Daardoor is een nieuwe, controversiële kunststroming ontstaan, die je zou kunnen beschrijven als lichaams- of levenskunst (*bio art*, *carnal art*).<sup>1406</sup> Bovendien wordt dit type wetenschap niet alleen toegepast

1404 Franken 2004.

1405 J. de Mul, *Cyberspace odyssee*, Kampen: Klement 2002, p. 125.

1406 Zie over dit thema de schertsende roman van Eric-Emmanuel Schmitt (E.-E. Schmitt, *Lorsque j'étais une oeuvre d'art*, Parijs: Albin Michel 2002). Deze *bio art* kent verschillende variaties. Kunstenaar Eduardo Kac spreekt van *transgenic art* om zijn creaties te beschrijven: "Transgenic art, I propose, is a new art form based on the use of genetic engineering techniques to transfer syn-

op de externe natuur, maar ook op de eigen menselijke natuur, met als resultaat een *autopoietische* wetenschapsbeoefening. Het terrein van de medische biotechnologie is daar het bekendste voorbeeld van, waarbij met name toepassingen als de synthetische biologie,<sup>1407</sup> genetische modificatie of klonetechnieken, alledrie technieken die op het moment van schrijven volop in ontwikkeling zijn, de autopoietische aard goed illustreren. Daarnaast is te denken aan toepassingen van bijvoorbeeld de artificiële intelligentie en nanotechnologie op het menselijk lichaam.

Parallel aan deze wetenschappelijke transformatie is ook de geneeskunde de afgelopen decennia van gedaante veranderd. Naast de gangbare *curatieve* geneeskunde, die gericht is op de genezing van ziekten en aandoeningen, hebben onder meer een *predictieve* (ofwel voorspellende) en een *transformerende* vorm van geneeskunde opgang gemaakt. In de predictieve geneeskunde staan niet zozeer de diagnose en behandeling van actuele klachten centraal, als wel de prognose

---

thetic genes to an organism or to transfer natural genetic material from one species into another, to create unique living beings" (E. Kac, "Transgenic art", zie <[www.ekac.org/transgenic.html](http://www.ekac.org/transgenic.html)>). Kacs beroemdste transgene kunstobject is zijn *GFP Bunny*, een lichtgevend konijn dat in opdracht van Kac tot stand is gebracht in een Frans laboratorium met behulp van genetisch materiaal afkomstig van een kwalsoort (voor nadere details, zie <[www.ekac.org/gfpbunny.html](http://www.ekac.org/gfpbunny.html)>).

Een ander goed voorbeeld is de *carnal art* van de Franse kunstenaar Orlan. Orlan geeft de volgende beschrijving van deze vleselijke kunstvorm: "a self-portrait in the classical sense, yet realized through the technology of our time" (zie Orlans homepage <[www.orlan.net](http://www.orlan.net)>). Het kunstwerk in kwestie is dan ook haar eigen lichaam, dat ze in gestileerde en publieke operatie-sessies (door haar bestempeld als *art performances*) laat bewerken door plastische chirurgen. Een voorbeeld zijn de twee hoorntjes die ze boven haar wenkbrauwen heeft laten aanbrengen via implantaten. De reïficatie van haar lichaam drijft ze nog verder op de spits door onder meer haar weggezogen vet als een soort relikwieën te verkopen. Voor een interessante, fenomenologische reflectie over Orlans kunstwerken, zie A. Halsema, "Grenzen aan de maakbaarheid", in: J. Slatman en A. Halsema (red.), *Grenzen van het lichaam*, (Wijsgerig perspectief 2007, nr.2), Amsterdam: Boom 2007, p. 17-27.

Tot slot is te denken aan het werk van anatoom Günther von Hagens die met zijn immens populaire, rondreizende exposities genaamd *Körperwelten*, de lichamen van overledenen niet alleen tot in de kleinste anatomische details tentoonstelt, maar die lichamen bovendien veelal remodelleert op basis van esthetische overwegingen. Deze exposities hebben navolging gekregen, en een concurrerende anatomische expositie, genaamd *Bodies...The Exhibition*, is in 2007 ook in Amsterdam druk bezocht. De tentoonstellingen kwamen nog verder in opspraak, toen bleek dat de mogelijkheid bestond dat de tentoonstellingen de lichamen van Chinese geëxecuteerde gevangenen omvatten. In Engeland is de Human Tissue Act naar aanleiding van deze commotie aangepast om dit soort situaties in het vervolg te voorkomen. Over deze lijkenshows meer in 8.2.3.

- 1407 Binnen de synthetische biologie worden bestaande biologische systemen niet gewijzigd, zoals via genetische modificatie, maar worden nieuwe biologische systemen ontworpen en in het leven geroepen. Er wordt in dat verband zelfs van de kunstmatige schepping van biologisch leven gesproken. De auteurs van een Rathenau-rapport over synthetische biologie typeren deze opkomende wetenschap dan ook als "een ingenieursbenadering van biologische systemen" (H. de Vriend, R. van Est en B. Walhout, *Leven maken: maatschappelijke reflectie op de opkomst van synthetische biologie*, Den Haag: Rathenau Instituut 2007, p. 14). Dit wetenschapsgebied is nog volop in ontwikkeling. Craig Venter, de wetenschapper die ook leiding gaf aan het commerciële equivalent van het *Human Genome Project* via zijn bedrijf *Celera Genomics*, beweert dat het binnen 10 jaar mogelijk zal zijn het menselijk genoom volledig te synthetiseren.



en preventie van eventuele toekomstige ziekten.<sup>1408</sup> De informatie over de aandoening wordt bijvoorbeeld verkregen via genetisch onderzoek, en vervolgens in risico-percentages uitgedrukt. Prenatale genetische diagnostiek is een voorbeeld van een medische specialisatie waarin gebruik wordt gemaakt van toepassingen van de voorspellende geneeskunde. Te denken is aan de zogeheten *triple test* en de nekplooiemeting. Ook bij embryoselectie spelen dergelijke genetische kansberekeningen een rol. Voor de meeste van deze tests geldt dat volledige zekerheid over het intreden van de aandoening niet kan worden verkregen. Als gevolg daarvan wordt in de voorspellende geneeskunde het onderscheid tussen gezondheid en ziekte sterk gerelativeerd.<sup>1409</sup>

Binnen de transformerende geneeskunde<sup>1410</sup> verdwijnen ziektebeelden nog verder uit het zicht. De term *transformerende geneeskunde* wordt gehanteerd als overkoepelende term voor een aantal geneeskundige handelingen die niet onder de traditionele doelstellingen van de geneeskunde kunnen worden gebracht: deze handelingen zijn noch op genezing, noch op preventie, noch op palliatie gericht. De auteurs van het boek *Medische ethiek* spreken van dergelijke “classificatieproblemen”<sup>1411</sup> in het geval van IVF, sterilisatie, draagmoederschap, geslachtsveranderende operaties, anti-conceptie, en groeihormoonbehandeling, tenzij er in deze gevallen sprake is van een ziekte of afwijking. Daarnaast kan natuurlijk aan de cosmetische chirurgie worden gedacht. Wat deze ingrepen gemeen hebben is dat zij een verandering van de bestaande vorm en functie van het lichaam teweeg brengen, zonder daarmee genezing van een ziekte na te streven. Op die manier vindt in deze recente vorm van geneeskunde een evolutie plaats van genezing maar verandering, van beter maken naar verbetering.

Deze transformaties van de natuurwetenschappen en de geneeskunde roepen op tot een nieuwe verhouding van het recht tot de harde wetenschap en de geneeskunde. De vraag is echter hoe de jurist zich rekenschap kan geven van een biologische werkelijkheid die veranderlijk en manipuleerbaar is. Hoe kan hij natuurwetten, medische gegevens en biologische criteria een plaats in het recht geven wanneer zij geen vaststaande gegevens meer zijn, of preciezer, wanneer zij überhaupt eigenlijk niet meer *gegeven* zijn? Hoe dient hij de biomedische verknopping van techniek en lichaam tegemoet te treden? Door meerdere auteurs wordt terecht van een paradigma-verschuiving in de geneeskunde en de natuurweten-

1408 Zie voor nadere reflectie over deze verschuiving, en de mogelijke politieke inkadering ervan: O. Haveman, K. Horstman en G. de Vries, *Gezondheidspolitiek in een risicocultuur. Burgerschap in het tijdperk van de voorspellende geneeskunde*, Rathenau: Den Haag 1999.

1409 Zie onder meer J.K.M. Gevers, “Predictieve geneeskunde als uitdaging voor het recht”, in: *Blik in de medische praktijk in de 21<sup>e</sup> eeuw*, Den Haag 1999, p. 36; en G. de Vries, “Voorspellende geneeskunde. Ethische en politiek-filosofische problemen rond een nieuw medisch paradigma”, *Ethische perspectieven* 1999 3-4, p. 184.

1410 Zie over de uitleg van dit begrip onder meer Ten Have en Kimsma 1987, p. 166 e.v.; Ten Have, Ter Meulen en Van Leeuwen 1998, p. 156.

1411 Zie H. ten Have, R. ter Meulen en E. Van Leeuwen 1998, p. 156.

schappen gesproken.<sup>1412</sup> Van deze paradigma-verschuiving is echter weinig terug te zien in de rechtsdogmatiek.

Voor een beter begrip van de nieuwe taak die in het biotechnologische tijdperk aan het recht wordt toebedeeld, kan een uitstapje naar het denken van de Franse wetenschapsfilosoof en -antropoloog Bruno Latour inspirerend zijn. Niet alleen stelt zijn tegendraadse benadering de lezer in staat voorbij de tweedeling tussen recht en wetenschap te denken, maar meer algemeen is er in zijn wetenschapsopvatting ruimte om biomedische hybriden zoals het rest-embryo en het hersendode lichaam zonder reducties te conceptualiseren en te representeren.

## 7.7 De juridische dimensie van wetenschap in actie

In de voorgaande hoofdstukken is uitvoerig beschreven hoe het menselijk lichaam en embryo, evenals lichaams- en embryonaal materiaal, op verschillende manieren de tekortkomingen van de juridische *summa divisio* tussen persoon en zaak blootleggen. Meer algemeen is een belangrijke oorzaak van de juridische verwarring over de biomedische technieken dat de mens zowel het subject als het object van de biomedische ontwikkelingen vormt. De vervaging van deze grenzen is echter geen plotselinge en recente gebeurtenis, zo betoogt Latour in zijn prikkelende essay *Nous n'avons jamais été modernes*.<sup>1413</sup> In zijn ogen is het effect van de biotechnologische ontwikkelingen niet dat het onderscheid tussen subject en object sinds kort aan het vervagen is, maar dat de wijze waarop samenleving en natuur, de mensen en de dingen, politiek en wetenschap altijd al met elkaar verknoopt zijn geweest pas nu op revolutionaire en onmiskenbare wijze aan het licht begint te komen.<sup>1414</sup>

Tot voor kort kon deze verknoping nog worden verdoezeld via een proces dat Latour *purificatie* noemt: ieder fenomeen kon via de nodige reductie en manipulatie worden ondergebracht aan de object- of subject-zijde, zaak- of persoon-zijde van de modernistische dichotomie. De wijze waarop de huidige biomedische technieken resulteren in reïficatie en commodificatie van de mens, is echter dermate radicaal dat de verknoping niet langer kan worden ingepast in het dualistische systeem. Zijn ingevroren embryo's, bionische ogen en donororganen deel van de

1412 Zie onder meer Gevers 1999, p. 36; en de ondertitel van De Vries 1999, p. 183 e.v.

1413 B. Latour (1991), *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, Parijs: La Découverte 1997.

1414 Zo schrijft Latour in een artikel over biomacht als volgt: "Ce sont les philosophes qui ont soudainement découvert à l'occasion des biotechnologies, que les humains ont toujours fait leur politique, depuis l'aube de l'humanité, avec autre chose que des paroles. Cela ne veut pas dire que le phénomène est nouveau mais seulement que la philosophie politique s'était un peu simplifiée la vie en prenant l'humain parlant comme unité de base de ses reconstructions savantes" (B. Latour (2000), "Biopouvoir et vie publique", *Multitudes* maart 2000, <[www.multitudes.samizdat.net/Biopouvoir-et-vie-publique.html](http://www.multitudes.samizdat.net/Biopouvoir-et-vie-publique.html)>).

natuur of van de samenleving? Hetzelfde geldt voor andere *quasi-objecten*<sup>1415</sup> zoals de gekke koeienziekte, het gat in de ozonlaag of genetisch gemodificeerd voedsel. Deze hybriden gaan voorbij aan de tweedeling tussen wetenschap en politiek. Voor Latour vormen zij het bewijs dat de modernistische metafysica<sup>1416</sup> definitief haar failliet heeft bereikt: het systeem barst uiteen en een hybride netwerk-realiteit<sup>1417</sup> voorschijn, waarin “les faits socialisés et les humains devenus monde naturels”<sup>1418</sup> een plaats vinden.

Een belangrijke rol bij deze verknoping is en wordt door de harde wetenschappen gespeeld. Daarmee doelt Latour dus niet alleen op de poietische wetenschappen. Voor Latour is de biotechnologie immers slechts de meest recente manifestatie van de wijze waarop in de wetenschap hybriden van samenleving en natuur, feit en waarde, en subjectiviteit en objectiviteit worden gecreëerd. In Latours perspectief op het wetenschappelijk bedrijf, op *science in action* zoals de titel van zijn bekendste engelstalige boek<sup>1419</sup> luidt, is de wetenschapper geen onthechte ontdekker van natuurlijke feiten, maar de geïnspireerde, creatieve en soms ook opportunistische schepper daarvan. Tot deze conclusie komt hij op basis van een onorthodoxe benadering van wetenschap, die hij als typerend beschouwt voor *science studies*. Latour beschrijft de werkwijze van *science studies* zelf als volgt:

“The only way to understand the reality of science studies is to follow what science studies does best, that is, paying attention to the details of scientific practice. Once we have described this practice from up close as other anthropologists do when they go off to live among foreign tribes, we will be able to raise again the classic question that the philosophy of science attempted to solve without the help of an empirical grounding: how do we pack the world into words?”<sup>1420</sup>

Met andere woorden, Latours verfrissende aanpak kenmerkt zich door een antropologisch perspectief op *science-in-the-making*.<sup>1421</sup> Een dergelijke antropologie is volgens Latour in twee opzichten symmetrisch: zij is niet alleen gelijkelijk van

1415 Met deze term doelt Latour op de hybriden, zie Latour 1991, p. 73.

1416 De modernistische, dualistische metafysica wordt door Latour de *Constitutie* genoemd: “De même que la constitution des juristes définit les droits et les devoirs des citoyens et de l'État, le fonctionnement de la justice et les passations de pouvoir, de même cette Consitution [...] définit les humains et les non-humains, leurs propriétés et leurs relations, leurs compétences et leurs groupements” (Latour 1991, p. 26). Dat hij hier een juridische metafoor voor gebruikt is niet zonder reden, zo zal verderop in deze paragraaf blijken.

1417 Dit netwerk van mensen en dingen wordt door Latour het *Collectief* genoemd.

1418 Latour 1991, p. 78.

1419 B. Latour (1987), *Science in action. How to follow scientists and engineers through society*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1999.

1420 B. Latour (1999a), *Pandora's hope. Essays on the reality of science studies*, Cambridge: Cambridge University Press 1999, p. 24.

1421 B. Latour (1999a), p. 15.

toepassing op zowel andere culturen als onze eigen cultuur, maar ook op zowel cultuur als wetenschap.<sup>1422</sup>

In Latours benadering wordt de wetenschap van de gevestigde feiten niet als startpunt, maar als eindpunt genomen. Hoe wordt een brok levende natuur teruggebracht tot de droge feiten van een artikel in het tijdschrift *Nature*? Welke transformatie, mediatie en translatie ondergaat het daarbij? Een goed voorbeeld is Latours verslag van een expeditie in de Amazone, waarbij hij beschrijft hoe de savanne wordt vertaald naar de diagrammen en woorden van het resulterende onderzoeksrapport.<sup>1423</sup>

Al in *Science in action* analyseerde Latour hoe in de wetenschappelijke praktijk belangen, via een proces dat hij *translatie* noemt, het onderzoek zodanig in een bepaalde richting stuwen dat het resultaat niet meer als een eenvoudige “ontdekking” beschouwd kan worden van iets dat reeds lang bestond in de natuur. Ook op het niveau van de constructie van feiten kunnen we dat mechanisme werkzaam zien. Het sluiten van de juiste allianties en het weten te vertalen van je project naar de belangen van anderen, beïnvloedt het wetenschappelijk proces wezenlijk. In Latours terminologie is de wetenschapper geen *intermediair* die bestaande, ‘koude’ feiten uit de werkelijkheid destilleert, maar een *mediator* die via zijn eigen inventiviteit hybriden met een kloppend hart tot stand brengt.

Via zijn analyses en observaties legt Latour de keuzemomenten en politieke beslissingen in het wetenschappelijke proces bloot. Op die manier tracht hij te aanschouwelijk te maken hoe wetenschap in actie kan worden beschouwd als een “politiek van de dingen”<sup>1424</sup>. Hij verwoordt het ook wel als volgt: “la science est bien la politique poursuivie par d’autres moyens, des moyens qui n’ont de force que parce qu’ils demeurent radicalement autres.”<sup>1425</sup> Omdat we ons niet bewust zijn van de politieke dimensie van de wetenschap, of andersom, van de plaats die de natuur en de wetenschap in de politiek innemen, heeft de wetenschappelijke praktijk zich ongebreideld verder kunnen ontwikkelen. Volgens Latour is dat de stuwende kracht achter de moderne wetenschap: juist door een ontkenning van de wetenschappelijke praktijk van mediatie heeft men ongemerkt en ongestoord steeds meer chimaera’s van woord en vlees, recht en techniek, religie en ratio tot stand kunnen brengen. “Moins les modernes se pensent mélangés et plus ils mélangent. Plus la science est absolument pure, plus elle est intimement liée à la fabrique de la société.”<sup>1426</sup> Wetenschappers hebben nooit hoeven te letten op de mogelijke sociale en maatschappelijke gevolgen van hun antropologische vervechtingen omdat deze verknopingen volgens de officiële tweedeling überhaupt niet plaats vonden.

<sup>1422</sup> Latour 1991, p. 135-136.

<sup>1423</sup> Latour 1999a, hoofdstuk 2, p. 24-79.

<sup>1424</sup> Latour 1999a, p. 22: “a politics of things.”

<sup>1425</sup> Latour 1991, p. 150.

<sup>1426</sup> Latour 1991, p. 63.

In die zin zijn we volgens Latour nooit modern geweest, zoals de titel van zijn essay luidt: de absolute, modernistische tweedeling tussen subjecten en objecten heeft nooit als zodanig bestaan, maar het geloof daarin heeft juist een verdere verknoping van samenleving en natuur voortgebracht.

Een mogelijke reactie op Latours wetenschapsantropologie zou een soort postmoderne verslagenheid met betrekking tot de wetenschap kunnen zijn. Als wetenschap niet berust op het blootleggen van natuurlijke feiten, en wetenschappelijke neutraliteit in die zin niet haalbaar is, dan dienen we ons er maar bij neer te leggen dat de uitoefening van echte wetenschap onmogelijk is. Latour wil zich echter duidelijk distantieëren van dergelijk defaitisme. De conclusie die hij naar aanleiding van zijn eigen analyses van de moderne metafysica trekt is niet dat iedereen nu plotseling de postmoderniteit<sup>1427</sup> zou moeten omarmen, maar dat we uit moeten komen voor wat we altijd al zijn geweest: non-modern.<sup>1428</sup> Daar bedoelt Latour mee dat we de wetenschappelijke verknoping van natuur en samenleving in volle omvang onder ogen moeten komen, en daar de consequenties uit moeten trekken.

Het resultaat van Latours kritiek op de traditionele benadering van wetenschap betekent niet het einde van wetenschappelijke objectiviteit, maar een bewustwording van de wijze waarop de modernistische categorieën van objectiviteit en subjectiviteit, van wetenschappelijke feiten en rechtssubjectiviteit, het resultaat zijn van onze eigen inspanning:

“En fin de compte, il y a bien une nature que nous n'avons pas faite, et une société que nous pouvons changer, il y a bien des faits scientifiques indiscutables et des sujets de droit, mais ils deviennent la double conséquence d'une pratique visible en continu, au lieu d'être, comme chez les modernes, les causes lointaines et opposées d'une pratique invisible qui les contredit.”<sup>1429</sup>

De productie van subjectiviteit en objectiviteit moet openbaar worden, en zelfs een plaats op de politieke agenda krijgen. Een dergelijke politieke beraadslaging over de samenstelling van de hybriden zal zeker een vertragend effect hebben op de voortgaande hybridisering, maar dat is nu juist hetgeen Latour voor ogen staat. Die vertraging schept ruimte voor democratische inbreng en morele bewustwording. Latours kritiek op de modernistische ethiek is daarom ook dat de ethische inbreng altijd letterlijk na de feiten komt. Pas nadat “les faits sont faits” formuleert de ethicus de morele waarden die in het geding zijn. De modernistische ethiek

<sup>1427</sup> Zo stelt Latour geestig genoeg over de postmoderne beweging: “Je n'ai pas trouvé de mot assez vilain pour désigner ce mouvement ou plutôt cette immobilité intellectuelle par laquelle on abandonne les humains et les non-humain à leur dérive” (Latour 1991, p. 82).

<sup>1428</sup> Latour 1991, p. 123.

<sup>1429</sup> Latour 1991, p. 192. Zie verder B. Latour (1999b), *Politiques de la nature. Comment faire entrer les sciences en démocratie*, Parijs: La Découverte 2004, p. 240.

is wat dat betreft gebaseerd op een onderscheid tussen feiten en waarden dat een scheiding der machten tussen wetenschappers en ethici in de hand werkt.

Acht jaar later werkt Latour deze gedachten in zijn *Politiques de la nature* verder uit. Hij doet daarin een voorstel tot een democratische besluitvormingsprocedure waarvan de totstandkoming van hybriden het onderwerp gaat vormen. Een dergelijke politiek markeert de overgang van een modernistische metafysica naar een, wat Latour noemt, *experimentele metafysica*, dat wil zeggen een politiek waarin de feiten waar de wetenschap ons voor stellen niet het uitgangspunt maar het resultaat van publieke beraadslaging zullen zijn.<sup>1430</sup> De vervlechting die sinds lang verhuuld heeft plaats gevonden binnen de muren van het laboratorium wordt eindelijk expliciet: de productie van hybriden wordt onderworpen aan een politiek proces. Volgens Latour moet daarbij aan vier voorwaarden worden voldaan:<sup>1431</sup>

- dat de voorstellen zo uitgebreid en open mogelijk zijn over de verknopingen die men beoogt tot stand te brengen, en niet worden gepresenteerd als gegeven feiten,
- dat zoveel mogelijk verschillende groepen die dergelijke voorstellen willen articuleren worden geraadpleegd,
- dat we de nieuwe voorstellen samen met de reeds bestaande entiteiten een plaats kunnen geven in een gemeenschappelijke orde
- en tot slot, dat als de voorstellen eenmaal zijn aangenomen, zij niet langer in twijfel worden getrokken en worden beschouwd als legitiem.

Wanneer men deze procedure toepassen op de biomedische techniek, wordt duidelijk hoe de angst voor een stuurloze biopolitiek kan worden weggenomen. Niet langer is er sprake van een “subjectloze bioculturele stroming”, in de woorden van Sloterdijk,<sup>1432</sup> maar wordt de menselijke inbreng, het subject, zichtbaar in het wetenschappelijk proces. Een veel gehoorde klacht is dat politiek, recht en ethiek pas in actie komen nadat de biotechnische toepassing in kwestie reeds tot stand is gekomen. In zekere zin is het dan natuurlijk al te laat. Zoals Latour vaststelt:

“Une fois le clonage des moutons et des souris devenu fait de la nature, on pourra, par exemple, poser la ‘grave question éthique’ de savoir si l’on doit ou non cloner les mammifères, humains compris. En formulant ainsi l’historique de ces tracés, on voit déjà clairement que les valeurs fluctuent en fonction de l’avancée des faits.”<sup>1433</sup>

Wanneer de politieke sturingsmechanismen van de wetenschap in de openbaarheid treden, kunnen echter idealiter reeds vóór de totstandkoming van nieuwe

1430 Latour 1999b, p. 97.

1431 Latour 1999b, p. 149-157.

1432 Sloterdijk 2001, p. 38.

1433 Latour 1999b, p. 142.

biomedische hybriden politici en ethici een publiek debat op gang brengen. Wat medische biotechnologie betreft is het daarbij van belang dat de “openbaarheid met betrekking tot de politieke aspecten van de geneeskunde” wordt vergroot, zoals in een Rathenau-rapport over voorspellende geneeskunde wordt gesteld. “Een bevordering van publieke thematisering van dissensus tussen medische experts”, zoals in dat rapport wordt gesuggereerd, sluit mooi aan bij het bovengenoemde eerste vereiste van een politiek van de natuur. Latours derde vereiste zien we terug in de door het rapport voorgestelde “introduktie van de regel in wetenschappelijke artikelen niet alleen over de gevolgde methodologie maar ook over de gevolgde ethische beslissingen [...] verantwoording af te leggen”.<sup>1434</sup>

Interessant in deze context is bovendien dat Latour de term *biomacht* uitlegt als de macht die wetenschappers, en in dit geval vooral biologen, in de praktijk hebben om discussies over biomedische ontwikkelingen te sturen en zelfs voor te structureren, zo geeft hij in een artikel over biomacht en biopolitiek te kennen:

“Si le mot *biopouvoir* permet de désigner du doigt l'autorité par laquelle certains biologistes évitent la discussion tant sur les disciplines scientifiques que sur la vie politique, au nom par exemple d'un certain darwinisme, d'une définition du gène ou d'un modèle du cerveau, je n'y vois pas d'inconvénient. Lutter contre le biopouvoir permet de dégager la diversité des biologies de l'hégémonie de quelques programmes de recherche [...] et d'éviter qu'on naturalise quelques projets d'innovation particulièrement discutables en l'imposant au public sous prétexte qu'ils sont inévitables (comme les OGM ou la production d'embryons humains pour la culture de cellules).”<sup>1435</sup>

Latour wijst hier op het verschijnsel dat debatten over bijvoorbeeld genetisch gemodificeerde organismen (GGO's) en de creatie van embryo's voor wetenschappelijke doeleinden, onder verwijzing naar ‘de biologische feiten’ reeds in de kiem worden gesmoord. Op die manier vormt de autoriteit die de harde wetenschappen in onze maatschappij hebben een ondermijning van het democratisch systeem.<sup>1436</sup>

Belangrijk voor dit onderzoek is dat door de vergroting van het politieke domein tot kwesties die traditioneel gezien uitsluitend tot het wetenschappelijk domein behoorden, ook een nieuwe rol voor het recht is weggelegd. In een politiek van de natuur zal de totstandkoming van hybriden niet langer *de facto* maar *de iure*<sup>1437</sup> plaats vinden:

1434 Zie De Vries, Horstman en Haveman 1999, p. 141.

1435 B. Latour (2000), “Biopouvoir et vie publique”, *Multitudes* maart 2000, <[www.multitudes.samizdat.net/Biopouvoir-et-vie-publique.html](http://www.multitudes.samizdat.net/Biopouvoir-et-vie-publique.html)>.

1436 Zie met name Latour 1999a, hoofdstuk 7 en 8, hierover.

1437 Latour 1999b, p. 240.

“Au lieu de distinguer, comme l'exigeait la tradition, le fait et le droit, [le collectif] exige des faits qu'ils deviennent légitimes; il distingue dorénavant les amalgames de faits et de droits mal formés des associations d'humains et de non-humains obtenus dans les formes.”<sup>1438</sup>

Daarmee brengt Latour tot uitdrukking dat een bewustwording van de maatschappelijke en politieke keuzemomenten in het wetenschappelijk proces eveneens tot *een vergroting van het juridisch domein* leidt. De politiek van de samenleving breidt zich uit tot ook een politiek van de natuur, en daarmee krijgt het recht een radicaal groter toepassingsgebied. Zoals Latour het formuleert: “Les juristes [...] n'ont jusqu'ici fait que le quart du travail puisqu'ils ont oublié le pouvoir scientifique comme le travail des hybrides.”<sup>1439</sup> Pas wanneer men van een andere wetenschapsopvatting uitgaat dan de traditionele, en de menselijke inbreng binnen het wetenschappelijk proces op die manier zichtbaar wordt, worden de wetenschappelijke constructies, hybriden, en “waarheidsaanspraken”<sup>1440</sup>, politiek en juridisch bespreekbaar. De wetenschappelijke hybriden die na een dergelijke juridische en politieke bevraging tot stand komen, vormen dan geen voldongen feiten waarbij het recht en de politiek zich hebben neer te leggen, maar maken deel uit van een juridisch gelegitimeerd proces.<sup>1441</sup>

Met name bij de regulering van de biomedische wetenschap wordt deze nieuwe taakstelling van het recht zichtbaar. De medische biotechnologie vormt immers het wetenschapsgebied bij uitstek waar wetenschappelijke hybriden tot stand worden gebracht. Eerder in dit hoofdstuk hebben we gezien dat het positieve recht op dit terrein de biologische feiten en grenzen niet meer slechts volgt, maar mede bepaalt waar de biologische grenzen worden gelegd, en welke biologische feiten wel en niet tot stand mogen komen. Het resultaat van dergelijke regelgeving zou men inderdaad, zoals Latour doet, als hybriden van recht en biologie kunnen beschouwen. Kortom, bij de totstandkoming van biomedische hybriden heeft het recht geen lijdzame positie, maar vervult het een actieve, bemiddelende functie. Een dergelijke taakstelling veronderstelt een autonome positie van het recht en de rechtswetenschap ten opzichte van de biomedische wetenschap. Op deze nieuwe taak van het recht gaat Latour jammer genoeg niet veel dieper in. Ook in zijn boek *La fabrique du droit*,<sup>1442</sup> waarin hij op excursie gaat bij de Franse Raad van State om het proces van rechtsvinding aan een antropologisch onderzoek te onderwerpen, wijdt hij hier geen verdere gedachten aan.

1438 Latour 1999b, p. 249. Met “dans les formes” bedoelt Latour *due process*, zie p. 355.

1439 Latour 1991, p. 24.

1440 Zoals Gutwirth dat formuleert (zie met name de titel van zijn proefschrift, Gutwirth 1993).

1441 In Latours woorden: “La répartition entre les êtres est enfin *de droit et non plus de fait*” (Latour 1999b, p. 240).

1442 B. Latour (2002), *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Parijs: La Découverte 2002.



In zijn uitgebreide en interessante studie *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap* over de verhouding tussen recht en wetenschap, voorziet jurist en wetenschapsfilosoof Gutwirth voor een belangrijk deel in deze leemte. Hij beroept zich onder meer op Latours inzichten om een autonome bemiddelende functie van het recht met betrekking tot de technisch-wetenschappelijke ontwikkelingen te bepleiten. Ook hij waarschuwt voor een onderwerping van het recht aan de waarheidsaanspraken van de harde wetenschappen. Hij omschrijft het recht in deze scientistische en biologistische variant als een hijgende poedel die achter de feiten aanrent:

“Het recht faalt [...] om zijn autonomie t.o.v. deze [technowetenschappelijke] beweging te behouden. Het loopt als een hijgende poedel achter dé werkelijkheid, teneinde deze bij te houden en te bekrachtigen. Het wordt als het ware opgeslorpt door het (scientistisch) vooruitgangsoptimisme en vervaagt achter de alomtegenwoordigheid, ja zelfs immanentie, van het hoera-geroep en de terreur van wat Ellul de *bluff technologique* noemt. Het verwordt tot een louter instrument. Wetenschap en techniek, voortgestuwd en gedragen door een politiek-economisch-militair netwerk, produceren tegelijk een werkelijkheid en het objectieve weten dat ze legitimeert. Wat is, behoort te zijn, want werkelijkheid. De kwispelende poedel, die na ontkenning van zijn eigenheid en verloochening van zijn trots, eindelijk toch weer even bij is, wordt dan nage-trapt want hij is volledig overbodig geworden: de maatschappelijke orde wordt thans technisch-wetenschappelijk gelegitimeerd.”<sup>1443</sup>

In navolging van Latour roept ook Gutwirth daarom op tot een “politisering (‘bespreekbaarmaking’) en juridisering van het technisch-wetenschappelijke handelen”.<sup>1444</sup> In zijn proefschrift past hij deze gedachten vooral toe op de informatie-technologie en het milieurecht, maar soortgelijke ontwikkelingen zijn evenzeer herkenbaar bij de regulering van de medische biotechnologie. Als men blijft uitgaan van een absolute scheiding tussen recht en wetenschap, en van de volledige neutraliteit en objectiviteit van het wetenschappelijk proces, blijven dergelijke wetenschappelijke ontwikkelingen die vergaande gevolgen hebben voor de samenleving immuun voor iedere juridische bemoeienis. Het recht blijft dan inderdaad achter de feiten aanlopen. De cruciale vraag is dan echter waar “de autonome bemiddelende functie van het recht inzake de technisch-wetenschappelijke ontwikkelingen” precies op neer komt.

<sup>1443</sup> Gutwirth 1993, p. 463.

<sup>1444</sup> Gutwirth 1993, p. 479.

## 7.8 De autonome functie van het recht bij de normering van de biomedische praktijk

Om de autonomie die het recht bij normering van de wetenschappelijke praktijk idealiter toekomt te beschrijven, haakt Gutwirth aan bij de gedachtevorming van Focu  en 't Hart over de *contrafacticiteit* van het recht en zijn begrippen. Daarmee wordt bedoeld op de gedachte dat de categorie n en beginselen van het recht geen empirisch-wetenschappelijke benadering van de feiten bieden, maar de feitelijke werkelijkheid in het licht van maatschappelijke normen bemiddelen. In de woorden van Focu  en 't Hart:

“Dit is wat we contrafacticiteit hebben genoemd: de juridische begrippen zijn geen afbeelding van, vallen niet samen met de feitelijke der feiten, maar zij zijn integendeel de excentrische positie van waaruit reflectie, kritische distantie en uiteindelijk verwerkelijking van vrijheid en mondigheid mogelijk wordt.”<sup>1445</sup>

Zoals eerder aan bod is geweest, spreekt Vranken van een *dubbele vertaalslag van het recht*: een concrete, individuele situatie wordt vertaald naar het abstracte, maatschappelijke niveau van het recht, zodat duidelijk wordt welk juridisch leerstuk erop van toepassing is. Vervolgens wordt dit abstracte, juridische leerstuk toegepast op de feiten, en geconcretiseerd in het licht van de omstandigheden. In deze dubbele vertaalslag komt de bemiddelende functie van het recht tot uiting. Via het recht wordt er niet alleen tussen geschilpartijen bemiddeld, maar op fundamenteeler niveau ook tussen idealia en realia,<sup>1446</sup> tussen maatschappij en natuur, tussen normen en feiten, tussen rechtssubject en rechtsgemeenschap, tussen abstractie en concreetheid. Bovendien laveert het recht bij die bemiddeling tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming.<sup>1447</sup> Het recht maakt zo gezien deel uit van een voortgaande dialectiek. Wanneer een feitelijke benadering in het recht gaat overheersen, blijft er weinig over van deze autonome, bemiddelende functie van het recht. Het recht verandert dan in een verlengstuk van “de werkelijkheid”, en wordt ondergeschikt gemaakt aan de feiten.

Ook de biologisering of medicalisering van het recht dreigt in een dergelijke onderwerping van juridische categorie n en beginselen aan de wetenschappelijke feiten uit te monden. Het gevaar bestaat daarbij dat de juridische beginselen en categorie n worden gereduceerd tot begrippen die louter betrekking hebben op de empirische werkelijkheid. Men kan in dat verband van een “erosie van het

1445 R. Focu  en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint/Antwerpen: Kluwer 1990, p. 425.

1446 In de woorden van Nieuwenhuis (zie J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 40 e.v.). 't Hart spreekt ook wel van “een constante bemiddeling tussen idealiteit en feitelijkeheid” ('t Hart 1991, p. 51).

1447 Naar de titel van het boek van Focu  en 't Hart (Focu  en 't Hart 1990).

recht” spreken, om een andere formulering van Foqué en ’t Hart te gebruiken. Daar bedoelen zij het volgende mee:

“De juridische categorieën worden van hun contrafactische, beschermende, beperkende en emancipatoire betekenis ontdaan en blijven achter als lege hulzen, waarin de in het panoptisme tot stand gebrachte microfysica van macht en weten kan circuleren.”<sup>1448</sup>

Zij waarschuwen in het bijzonder voor een “verstenen” of naturalisering van de categorie van de juridische persoon. Daarmee lijkt hun visie bijzonder toepasselijk op de biomedicalisering van het recht: zodra biologische en geneeskundige criteria in het recht de overhand krijgen, dreigt de juridische persoon inderdaad tot een “afbeelding” van de biologische mens te verworden. Dit afbeeldingsdenken, en de bijbehorende naturalisering van de juridische persoon, is herkenbaar in rechtstheoretische discussies over de medische biotechnologie, en is in dit hoofdstuk op verschillende manieren geschetst.

Wat volgens Foqué en ’t Hart op het spel staat met de contrafacticeit van het recht is niet minder dan de mogelijksvoorwaarde voor de vrijheid van de mens. Met name de contrafacticeit van het persoonsbegrip dient om die reden te worden bewaakt:

“In het bijzonder de juridische categorie der rechtssubjectiviteit [is] een contrafactische categorie: zij beschrijft niet de feitelijkheid van het menszijn van elk individu, maar zij maakt het mogelijk het handelen en het beslissen van die feitelijke individuen te reconstrueren alsof dat handelen en het beslissen het produkt is van een vrije, autonome en steeds aan zichzelf gelijkblijvende actor. Daardoor worden dat handelen en dat beslissen niet gereduceerd tot een louter individueel gebeuren, maar zij verkrijgen integendeel juist daardoor een maatschappelijke betekenis die aanspraak kan maken op integriteit. Zo levert de contrafactische categorie der rechtssubjectiviteit niet alleen een beschermend statuut aan het individu, maar betreft het dat individu juist daardoor en tegelijkertijd in de integriteit van een maatschappijbeeld dat geacht moet worden aan het handelen en beslissen van elk individu ten grondslag te liggen.”<sup>1449</sup>

Wanneer het recht voldoende afstand houdt tot een zogenaamd feitelijke visie op de werkelijkheid, blijft er ruimte in het recht voor meerduidigheid, ruimte voor afwijkende visies op de werkelijkheid dan het heersende werkelijkheidsbeeld, en ruimte voor persoonlijke ontplooiing.

---

<sup>1448</sup> Foqué en ’t Hart 1990, p. 314.

<sup>1449</sup> Foqué en ’t Hart 1990, p. 141.

Al hoewel Foqué en 't Hart in *Instrumentaliteit en rechtsbescherming* geen gedachten wijden aan de menselijke waardigheid, zou dit beginsel kunnen worden opgevat als een van de belangrijkste manieren waarop in het huidige recht verzet wordt geboden tegen de uitholling van het juridisch persoonsbegrip. De menselijke waardigheid is geen beschrijving van de mens zoals hij feitelijk zou zijn, maar biedt een contrafactische representatie, een ideaalbeeld. Dit normatieve mensbeeld wordt ingezet tegen de instrumentalisering, objectivering en exploitatie van de menselijke persoon en andere negaties van de inherente waarde van de mens. Kortom, de menselijke waardigheid biedt bescherming tegen dehumaniserende praktijken, of dat nu in de vorm is van een onmenselijke of vernederende behandeling (artikel 3 EVRM), van slavernij (artikel 4 EVRM) of van een biomedische reïficatie en commodificatie van de mens (VRMB, Universele Verklaring betreffende het menselijke genoom en de mensenrechten). Zij geeft uitdrukking aan het onherleidbare van de mens, ofwel zijn *irréductibilité*, zoals Franse auteurs dat mooi formuleren.

Pas door de Tweede Wereldoorlog is men algemeen doordrongen geraakt van de noodzaak om tot een juridische uitdrukking te komen van de onherleidbare en absolute waarde van de mens. De stelselmatige ontkenning van de gelijke waardigheid van grote groepen mensen, en de gereduceerde staat waartoe het recht onder het nazi-regime werd teruggebracht, heeft de voornaamste aanleiding gevormd om tot het moderne natuurrecht van de mensenrechtendeclaraties te komen. Zodra het recht en het juridisch persoonsbegrip worden gezien als een afgeleide van natuurwetten en een biologisch mensbeeld, en zij op die manier van iedere symbolische dimensie worden ontdaan, komt de totalitaire waanzin dichtbij. Om in de symbolische leemte van het recht te voorzien heeft de internationale rechtsorde de menselijke waardigheid in de preambules van de naoorlogse mensenrechtenverdragen en verklaringen tot het centrale principe van de internationale rechtsorde verheven.

In de volgende paragrafen wordt het functioneren van het juridisch persoonsbegrip in het recht van het Derde Rijk geanalyseerd. Een nadere studie van het onrecht van de Tweede Wereldoorlog kan het tekort van een biologisch-juridisch mensbeeld inzichtelijk maken, en omgekeerd de betekenis en ontstaansgeschiedenis van de menselijke waardigheid als juridisch beginsel. Wat gebeurt er wanneer de bemiddelende functie van het recht, de autonomie van het recht ten opzichte van de natuurwetenschappen, en de gescheidenheid tussen recht en biologische werkelijkheid, wordt ontkend? Daarmee bereiden de komende paragrafen voor op het volgende hoofdstuk, waarvan het symbolisch-juridische persoonsbegrip en de menselijke waardigheid het hoofdthema vormen.

Een andere reden om bij deze periode stil te staan is dat de gebeurtenissen van de Tweede Wereldoorlog niet alleen aan de basis van de naoorlogse mensenrechten en van de introductie van de menselijke waardigheid in het recht hebben gestaan, maar ook het startschot voor de regulering van de medische beroeps- en

wetenschapsuitoefening hebben gevormd. De Code van Neurenberg (1947), op basis waarvan nazi-artsen en -wetenschappers na de oorlog werden veroordeeld, kan men, in de woorden van Lenoir en Mathieu, als “la véritable acte de naissance de la bioéthique”<sup>1450</sup> beschouwen. Zij vormt het bewijs bij uitstek van het omgeslagen vooruitgangsoptimisme over de medische wetenschap.

De bedoeling van komende paragrafen is overigens uitdrukkelijk niet om de nazi-eugenetica en de huidige biomedische praktijk met elkaar op één lijn te stellen. In de verhitte debatten over bioethische kwesties als euthanasie en genetische manipulatie wordt al te snel naar de eugenetica-programma's van het fascistisch regime verwezen. Een dergelijke benadering is weinig constructief. Volgens sommigen draagt de medische biotechnologie weliswaar bepaalde eugenetische tendensen in zich, zoals bijvoorbeeld preïmplantatie genetische diagnostiek het mogelijk maakt embryo's op basis van genetische eigenschappen te selecteren voor implantatie-doeleinden. Maar er is een wezenlijk verschil tussen de eugenetica van de Tweede Wereldoorlog en de huidige praktijken: de eugenetische programma's van de nazi's waren collectief, dwingend en onderdrukkend, terwijl de huidige mogelijkheden tot 'verbetering' van de mens op vrijwillige en individuele basis plaats vinden. Met andere woorden, het is het principiële onderscheid tussen een totalitaire en een liberale eugenetica.

## 7.9 Ontrechting en dehumanisering

Dat de naoorlogse heropleving van het natuurrecht (in de vorm van de grote mensenrechtenverklaringen en -verdragen) een reactie van de westerse wereld vormde op de systematische en grootschalige ontkenning van het menszijn van een aantal bevolkingsgroepen, is bekend.<sup>1451</sup> Moeilijker is het om nader onder woorden te brengen waarin die aantasting van het menszijn precies is gelegen. De wandaden van de nazi's en de ervaringen van de kampbewoners en andere slachtoffers zijn in die zin haast letterlijk *onvoorstelbaar*, niet onder woorden te brengen. We kunnen de mensenrechtenverklaringen als een poging zien om desondanks ook in het recht een voorstelling van dit onrecht te maken.<sup>1452</sup> De

1450 N. Lenoir en B. Mathieu, *Les normes internationales de la bioéthique* (“Que sais-je?”, nr. 3356), Parijs: PUF 2004, p. 12.

1451 In de preambule van de UVRM komt deze gedachte duidelijk naar voren: “Overwegende, dat terzijdestelling van en minachting voor de rechten van de mens geleid hebben tot barbaarse handelingen, die het geweten van de mensheid geweld hebben aangedaan en dat de komst van een wereld, waarin de mensen vrijheid van meningsuiting en geloof zullen genieten, en vrij zullen zijn van vrees en gebrek, is verkondigd als het hoogste ideaal van de mens.”

1452 Schrijver en jurist Robert Antelme, die zelf gevangene van het concentratiekamp Gandersheim was, beschrijft op het einde van zijn autobiografische werk *De menselijke soort* het gevaar wanneer men blijft steken bij het cliché van *onvoorstelbaarheid* om de ervaringen in de kampen te duiden: “*Onvoorstelbaar*, het is een woord dat geen onderscheid maakt, geen beperking kent. Het is het makkelijkste woord. Wandel met dit woord, het woord van de leegte als schild, en de

menselijke waardigheid is vanuit dat perspectief een poging tot een symbolische representatie van de mensheid waarvan de nationaal-socialistische *thanatopolitiek* de drastische ontkenning vormde. Door middel van een dergelijke symbolische representatie wordt expliciet afstand gedaan van een strikt instrumentalistische benadering van het recht.

De mensenrechtenverklaringen zijn om die reden meer dan een juridisch document waarin de internationale, politieke en morele verontwaardiging over de wandaden van het nazi-regime is neergelegd. Deze verdragen vormen eveneens de weerslag van de identiteitscrisis waarin het recht als gevolg van de verschrikkingen terecht was geraakt. De wijze waarop de *Blut und Boden*-leer gestalte had gekregen in de Neurenberger rassenwetten, en het recht in dienst had gestaan van de *Endlösung der Judenfrage*, had een fundamentele leegte op symbolisch-juridisch vlak aan het licht gebracht. Voor velen vormde het vergaande wettelijke onrecht dat onder het nazi-regime gestalte had gekregen het bewijs dat een volledig technische visie op het recht, volgens welke het recht slechts als beleidsinstrument van de politiek van het moment functioneert, niet langer houdbaar was. Het belang van een natuurrechtelijke inbedding van het positieve recht, waarbinnen een plaats is weggelegd voor 'de menselijke natuur', kwam op de voorgrond te staan. Op het daaraan verwante, en nog altijd voortdurende debat tussen natuurrechtsaanhangers en rechtspositivisten over de relatie tussen moraal en recht kan ik hier niet al te uitgebreid ingaan. De vraag die van meer belang is in het bestek van deze paragraaf is wat, gegeven de codificatie van de mensenrechten, de betekenis kan zijn van de begrippen *mensheid*, *menselijke natuur*, en *menselijke waardigheid* in deze verdragen.

De nadere juridificatie van het begrip menselijke waardigheid, en het bijbehorende persoonsbegrip, kan worden gezien als de reactie van de internationale gemeenschap op de totalitaire desymbolisering van de mens die plaats had onder het fascistische bewind. Vooral de staat van de bewoners van de concentratiekampen vormt een pijnlijke en directe illustratie van het nazistische beleid van dehumanisering en uitroeiing. Te stellen dat er rechten werden geschonden is niet alleen een enorm *understatement*, maar gaat ook voorbij aan de kern van de mensonterende en ten diepste onrechtvaardige behandeling van de gevangenen. Een inbreuk op mensenrechten berust immers niet per definitie op een ontkenning van de medemenselijkheid van personen. De meeste mensenrechten gelden niet absoluut en mogen onder omstandigheden worden ingeperkt, zoals blijkt uit de beperkingsclausules in bijvoorbeeld de Grondwet en het EVRM. Zo wordt op het vrijheidsrecht van de gedetineerde en op het recht op lichamelijke integriteit van de soldaat inbreuk gemaakt, maar zonder aantasting van hun menselijkheid. Van 'slechts' een rechtenschending zou bijvoorbeeld sprake zijn geweest als de

---

tred wordt vaster, steviger, het bewustzijn is zichzelf weer meester" (R. Antelme, *De menselijke soort*, Nijmegen: SUN 2001, p. 314).

gevangenen van de kampen waren behandeld alsof zij misdadigers waren, en zij dus waren gestraft voor misdaden die zijn niet hadden gepleegd. De mensonterende behandeling waaraan zij werden onderworpen ging echter niet alleen veel verder, maar was ook van een principieel andere orde. De crimineel maakt als rechtssubject nog altijd deel uit van de rechtsorde. De normen die ten tijde van de normschending op hem van toepassing zijn, gelden gelijkelijk voor andere rechtssubjecten.

Hetgeen de mensonterende benadering van de kampbewoner daarentegen kenmerkt, is zijn volledige verbanning uit de rechtsgemeenschap. Hem zijn niet *enkele* rechten maar *alle* rechten ontnomen. De verschillende juridische verschijningsvormen waarin een ieder gehuld gaat, ontbreken hem: onteigend, gedenaaturaliseerd, zonder naam (en veranderd in een nummer), en beroofd van rechten en vrijheden. Kortom, ontdaan van alle eigenschappen die hem als rechtssubject kenmerkten, juridisch *naakt*, bestaat de kampbewoner voor het recht van het Derde Rijk niet meer als persoon. De staat van de kampbewoner wordt daarom juridisch gezien bepaald door het volledig ontbreken van rechtssubjectiviteit.

Dit proces van uitsluiting uit de rechtsgemeenschap en het rechtsverkeer kan *ontrechting* worden genoemd, zoals rechtsfilosoof en -historicus Veraart doet in zijn proefschrift over het rechtsherstel in Nederland en Frankrijk tijdens en na de Tweede Wereldoorlog.<sup>1453</sup> Volgens Hannah Arendt is dit concept van ontrecting moeilijk te bevatten voor juristen. Zo schrijft zij in *The origins of totalitarianism* (1951):

“Jurists are so used to thinking of law in terms of punishment, which indeed always deprives us of certain rights, that they may find it even more difficult than the layman to recognize that the deprivation of legality, *i.e.*, of *all* rights, no longer has a connection with specific crimes.”<sup>1454</sup>

Wellicht is het om deze reden dat zowel het proces van ontrecting, als het hieraan tegengestelde proces van *personificatie*, dat wil zeggen, van attributie en constructie van de juridische persoonlijkheid, relatief onderbelicht is gebleven in de rechtstheoretische literatuur.<sup>1455</sup> De essentiële functie die ontrecting vervulde bij de dehumanisering van joden, zigeuners en homoseksuelen suggereert echter dat deze veronachtzaming onterecht is. Het ontnemen van de juridische persoon-

1453 Zie met name hoofdstuk 1 (W. Veraart (2005a), *Ontrecting en rechtsherstel in Nederland en Frankrijk in de jaren van bezetting en wederopbouw* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005, p. 1-46). Zie ook W. Veraart (2005b), “Ontrecting”, *Krisis* 2005.

1454 Arendt [1951] 1973, p. 295.

1455 Bioy maakt een soortgelijke constatering ten aanzien van de Franse literatuur wanneer hij stelt dat “le phénomène de ‘personnification’ [...] échappe traditionnellement à l’analyse du droit public. Et pourtant il est des enjeux publics éminents dans cette personnification et le droit public y joue un rôle certain” (Bioy 2003, p. 126). Hij beschrijft dat proces van “personnification” als “l’octroi de la capacité à être sujet de droit” (Bioy 2003, p. 126), of ook wel als “un permis d’exister et d’agir en droit” (Bioy 2003, p. 129).

lijkheid vormde een onmisbare schakel in de stelselmatige uitsluiting van deze minderheden uit de samenleving. Ook de nazi-ideologen waren wat dat betreft doordrongen van de beschermende werking die uitgaat van het juridisch masker zelf, los van de concrete rechten en plichten die aan het masker zijn verbonden. Zo blijkt de systematische wijze waarop de eliminatie plaatsvond onder meer uit het feit dat pas nadat de nationaliteit en burgerschapsrechten aan de slachtoffers waren ontnomen, hun vernietiging in de kampen kon plaats vinden.<sup>1456</sup> In de beroemde woorden van Arendt: “*The first essential step on the road to total domination is to kill the juridical person in man.*”<sup>1457</sup> Eerder in hetzelfde werk gebruikt ze de volgende treffende bewoordingen:

“The calamity of the rightless is not that they are deprived of life, liberty and the pursuit of happiness, or of the equality before the law and freedom of opinion – formulas which were designed to solve problems *within* given communities – but that they no longer belong to any community whatsoever. Their plight is not that they are not equal before the law, but that no law exists for them; not that they are oppressed but that nobody wants even to oppress them. Only in the last stage of a rather lengthy process is their right to live challenged [...]. Even the Nazis started their extermination of Jews by first depriving them of all legal status (the status of second-class citizenship) and cutting them off from the world of the living by herding them into ghettos and concentration camps; and before they set the gas chambers into motion they had carefully tested the ground and found out to their satisfaction that no country would claim these people. The point is that a condition of complete rightlessness was created before the right to live was challenged.”<sup>1458</sup>

Met andere woorden, de rechteloze staat van de gedeporteerde is niet alleen het juridisch symbool van zijn verbanning uit de mensengemeenschap, maar vormt zelfs een constituerende voorwaarde voor die verbanning. Met zijn ontrecting werd een proces in gang gezet dat voor velen eindigde in de gaskamers. Hun juridische dood werd op dat moment omgezet in ook een biologische dood.

Dit proces van radicale ontrecting maakt op een negatieve manier duidelijk dat het recht een humaniserende functie heeft te vervullen in de maatschappij: het recht biedt een institutionele context, een kader van gedeelde betekenissen, waarin een ieder als mens kan worden herkend. Het recht *erkent* de mens niet in

1456 Zie onder meer Arendt [1951] 1973, p. 296; G. Agamben, *Homo sacer. De soevereine macht en het naakte leven*, Amsterdam: Boom/Parrèsia 2002, p. 143; Veraart 2005a, p. 10; Veraart 2005b, p. 63.

1457 Arendt [1951] 1973, p. 447. Arendt zet vervolgens de manier waarop dat gebeurde uiteen: “This was done, on the one hand, by putting certain categories of people outside the protection of the law and forcing at the same time, through the instrument of denationalization, the non-totalitarian world into recognition of lawlessness; it was done, on the other, by placing the concentration camp outside the normal penal system, and by selecting its inmates outside the normal judicial procedure in which a definite crime entails a predictable penalty.”

1458 Arendt [1951] 1973 p. 295-296.



zijn aangeboren waardigheid, maar *maakt* hem tot een waardige persoon door hem een plek te geven in een verband waarin men überhaupt persoon kan zijn. Deel uitmaken van de rechtsgemeenschap is deel uitmaken van een context die een ieder tot zijn recht laat komen als menselijke persoon. Niet alleen op het abstracte niveau van rechtssubjectiviteit, maar ook via juridische procedures en berechting wordt men ondergebracht in dat institutionele verband. Met andere woorden, zonder deze institutionele bemiddeling is een menselijk bestaan onmogelijk.

Een sprekende illustratie van de humaniserende functie van het recht ontleent Pessers aan Herzbergs getuigenissen uit het concentratiekamp Bergen-Belsen (uit *Onder de linde* opgenomen in het boek *Amor fati*). Herzberg doet daarin het verslag van de oprichting van een rechtbank onder de onmenselijke omstandigheden van het kamp. Gedreven door extreme honger en overlevingsdrang was een aantal gevangenen begonnen de kruimels die de anderen restten te stelen. Een dergelijke diefstal kon onder de omstandigheden van het kamp fataal uitpakken voor de bestolene. De kampgevangenen besloten een eigen rechtbank op te richten om dit onrecht te benoemen en bestraffen. Als rechters fungeerden drie geïnterneerde, voormalige juristen, de openbare aanklager was Herzberg zelf, en de verdachten werden bijgestaan door een voormalig topadvocaat. Daar waar de gevangenen door de onmenselijke situatie van het kamp dreigden te worden teruggebracht tot een naakt en lichamelijk bestaan, waarin een ieder elkaar naar het leven stond, daar getuigde de oprichting van de rechtbank van het vermogen van de gevangenen zich – tegen alle bittere omstandigheden in – te verheffen boven de natuurstaat waartoe de nazi's hen hadden veroordeeld. Pessers verwoordt het belang van deze rechtbank, en meer algemeen van het recht, in de volgende, treffende passage:

“[...] wat de gevangenenrechtbank deed, was het recht te laten beginnen waar de liefde en de solidariteit hadden opgehouden te bestaan. Door het scheppen van recht, schiep de rechtbank een nieuwe, bemiddelende instantie tussen de tot fragment geworden individuen. Waar in de ander niets meer van het eigene wederkeerde, daar schiep de rechtbank een gemeenschappelijk veld waarop de gevangenen elkaar als leden van eenzelfde rechtsgemeenschap konden herkennen en erkennen. In die zin gaf de rechtbank aan de kampgevangenen hun menselijke waardigheid terug.”<sup>1459</sup>

Ook in deze tijd zien we voorbeelden van de essentiële functie die rechtspraak vervult bij processen van humanisering, of omgekeerd dehumanisering bij afwe-

<sup>1459</sup> D. Pessers (2003d), “Abel Herzberg als rechtssocioloog. Over: Abel Herzberg, *Onder de linde*”, in: W. Witteveen en S. Taekema, *Verbeeldingsmacht. Wat juristen moeten lezen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 165-166.

zigheid van iedere vorm van berechting. Een goed voorbeeld vormt de Amerikaanse behandeling van verdachten van terroristische acties. Filosofe Judith Butler<sup>1460</sup> spreekt in dat verband van een dehumanisering en bestialisering<sup>1461</sup> van de gevangenen op Guantanamo Bay. Niet zozeer vanwege de mogelijke vernederingen en mensonterende behandeling die hen daar ten deel vallen, maar met name doordat hen iedere vorm van berechting is en wordt ontnomen. Tekenend is volgens Butler dat de gevangenen volgens de verantwoordelijke bewindslieden moeten worden gezien als *killing machines*, en dat van overheidswege foto's zijn verspreid waarin de gevangenen te zien zijn als geboeide, geblinddoekte en gezichtsloze wezens, die net als dieren aan de ketting zijn gelegd. De onuitgesproken gedachte hierachter is dat de gevangenen niet aanspreekbaar op hun gedrag zijn. Zij zijn als roofdieren die niet anders kunnen dan moorden, en hebben daarom geen recht op een juridisch proces. Op die manier wordt het verlies van rechtssubjectiviteit van deze gevangenen gelegitimeerd.

Arendt toont met name in haar analyses van het totalitarisme dat pas nadat het juridisch masker is gevallen, ook de drager van het masker kan worden vernietigd. Daarmee dwingt zij de lezer zijn blik te richten op de onmenselijke staat waartoe de gedeporteerde is veroordeeld: in het schemergebied tussen een juridische en biologische dood. En vraagt vervolgens: is er nog iets van de 'inherente waardigheid' van de mens van de mensenrechten over wanneer het beschermende masker van de juridische persoonlijkheid is weggenomen?

*The origins of totalitarianism* omvat daarom niet alleen Arendts beroemde dissectie van het totalitarisme, maar ook een felle kritiek op de feitelijke werking van de mensenrechten. Haar pijlen zijn met name gericht op een interpretatie van de mensenrechten die vertrekt vanuit een al te abstracte en naturalistische visie op de menselijke waardigheid.

## 7.10 Arendts kritiek op de mensenrechten

In een paragraaf uit *The origins of totalitarianism*, passend getiteld *The perplexities of the rights of man*,<sup>1462</sup> brengt Arendt de volgende paradox van de mensenrechten onder woorden: op het moment dat het individu de bescherming van de mensenrechten het hardst nodig heeft, namelijk in het schrijnende geval dat hij uit de nationale of lokale rechtsgemeenschap is verstoten, en voor bescherming en

1460 J. Butler, "Dehumanization via indefinite detention", in: D. Goldberg, V. Goldberg en R. Greenwald (red.), *It's a free country. Personal freedom in America after 9/11*, New York: Akashic Books 2002, p. 265-279.

1461 Zie hierover ook W.J. Veraart, "Het zijn net dieren. Over Guantánamo en onszelf", *R&R* 2007-3, p. 3-11.

1462 Het tweede deel van Hoofdstuk 9, *The decline of the nation-state and the end of the Rights of Man* (zie Arendt [1951] 1973, p. 290-302).

erkenning van zijn persoon geheel is aangewezen op zijn lidmaatschap van de ‘mensengemeenschap’, juist op dat moment blijken de rechten van de mens *de rechten van de rechtelozen* te zijn.<sup>1463</sup> Daarmee bedoelt Arendt dat, hoewel de rechten van de mens in theorie aangeboren en onvervreemdbaar zijn, de eerbiediging van deze rechten, bij gebreke aan even universele en overkoepelende toezichts- en nalevingsmechanismen, in de praktijk slechts binnen nationale instituties blijkt te kunnen worden gegarandeerd. Daardoor betekent verstoting uit de nationale rechtsgemeenschap *de facto* ook verstoting uit de mensengemeenschap.<sup>1464</sup> De statelozen van deze wereld zijn eveneens de rechtelozen van deze wereld. In Arendts eigen woorden:

“The Rights of Man [...] had been defined as “inalienable” because they were supposed to be independent of all governments; but it turned out that the moment human beings lacked their own government and had to fall back upon their minimum rights, no authority was left to protect them and no institution was willing to guarantee them.”<sup>1465</sup>

De basis van deze trieste paradox is volgens Arendt gelegen in de ambivalentie van het natuurbegrip en mensbeeld dat aan de mensenrechten ten grondslag ligt. Enerzijds worden de mensenrechten geacht in de natuur te zijn geworteld: de mens is van nature vrij en gelijk aan anderen, en zijn grondrechten vormen vanuit dat perspectief gezien de *afspiegeling* van zijn menselijke natuur. Tegelijkertijd hebben de gebeurtenissen van de Tweede Wereldoorlog ons meer dan ooit geconfronteerd met het feit dat de mens van de mensenrechten een vergaande abstractie is van de mens uit de geleefde werkelijkheid. Als een ieder werkelijk *van nature* vrij en gelijk zou zijn, dan zou de menselijke natuur datgene moeten zijn wat wat tevoorschijn komt nadat het individu aan zijn maatschappelijke en institutionele leefwereld wordt onttrokken. De vóór-politieke, vóór-juridische mens die door de gebeurtenissen in de kampen werd onthuld, was echter een geheel andere mens dan door de mensenrechten wordt gesuggereerd. Niet alleen zijn de beestachtige daden van de kampbeul in tegenspraak met het verheven mensbeeld van de mensenrechten, maar ook toont de gedepriveerde toestand van het kampslachtoffer dat de ‘inherente’ waardigheid van de mens en diens ‘onvervreembare’ rechten in de *state of nature* ver te zoeken zijn.

1463 In de woorden van Arendt: “If a human being loses his political status, he should, according to the implications of the inborn and inalienable rights of man, come under exactly the situation for which the declarations of such general rights provided. Actually the opposite is the case. It seems that a man who is nothing but a man has lost the very qualities which make it possible for other people to treat him as a fellow-man” (Arendt [1951] 1973, p. 300).

1464 Zie Arendt [1951] 1973, p. 297: “Only with a completely organized humanity could the loss of home and political status become identical with expulsion from humanity altogether.”

1465 Arendt [1951] 1973, p. 291-292.

De ‘menselijke natuur’ die in de kampen werd blootgelegd, nadat men het slachtoffer van al zijn juridische en maatschappelijke gedaantes had ontdaan, was het menselijk leven in de meest biologische zin: het *naakte leven*, in de woorden van Agamben<sup>1466</sup> (daarmee verwijzend<sup>1467</sup> naar Benjamins uitdrukking *blosses Leben*), *the dark background of mere givenness*<sup>1468</sup> in de woorden van Arendt. De menselijke natuur die men in de ontrechte kampbewoner aantreft, kenmerkt zich niet door vrijheid, gelijkheid en waardigheid, maar alleen nog door een biologisch lidmaatschap van het menselijke ras, zo stelt Arendt. De mens is zonder zijn juridische masker slechts in biologische zin mens, niet in juridisch-maatschappelijke of symbolische zin. Volgens Arendt verloor de idee van de mensenrechten, en daarmee ook de *homme rêvé*<sup>1469</sup> van de mensenrechten, definitief alle geloofwaardigheid bij de aanblik van de “living corpses”<sup>1470</sup> die het fascistisch beleid had geproduceerd:

“The conception of human rights, based upon the assumed existence of a human being as such, broke down at the very moment when those who professed to believe in it were for the first time confronted with people who had indeed lost all other qualities and relationships – except that they were still human. The world found nothing sacred in the abstract nakedness of being human. And in view of objective, political conditions, it is hard to say how the concepts of man upon which human rights are based – that he is created in the image of God (in the American formula), or that he is the representative of mankind, or that he harbors within himself the sacred demands of natural law (in the French formula) – could have helped to find a solution to the problem.”<sup>1471</sup>

De formulering “living corpses” is een veelzeggende: de kampbewoner is in maatschappelijke en juridische zin reeds gestorven, het biologisch leven is het enige leven dat hem rest. Arendts analyse komt op dat punt sterk overeen met de verslagen van de overlevenden van de kampen, zoals bijvoorbeeld van Robert Antelme en Primo Levi. Bij het lezen van *De menselijke soort* van Antelme wordt men pijnlijk getroffen door de directe, lichamelijke toon van zijn getuigenis: de pagina’s zijn gevuld met beschrijvingen van de immense honger, kou en pijn, lichamelijk verval en lichamelijke vernederingen. De toon van het boek vormt een afspiegeling van het gereduceerde, lichamelijke bestaan waartoe de kampbewoner was veroordeeld. Tegelijkertijd was de enige vorm van verzet die de kampbewoner restte eveneens lichamelijk van aard: de genocide te overleven.

1466 Zie Agamben 2002.

1467 Zie Agamben 2002, p. 75.

1468 Zie Arendt [1951] 1973, p. 301.

1469 Zie Delmas-Marty 1999, p. 107.

1470 Zoals Arendt schrijft over de concentratiekampen: “The insane mass manufacture of corpses is preceded by the historically and politically intelligible preparation of living corpses” (Arendt [1951] 1973, p. 447).

1471 Arendt [1951] 1973, p. 299-300.

Met name de figuur van de zogeheten *muzelman* vormt een ontluisterend voorbeeld van de ontmenselijking die in de kampen plaats vond. In het eveneens autobiografische *Is dit een mens?* beschrijft Levi de muzelmannen als de “teloorgeganen” van het kamp, “de mensen in ontbinding”, levende doden die geen enkele relatie met de anderen in het kamp onderhielden, niet langer in staat waren van hun menselijke vermogens gebruik te maken, en geen enkel restant van hun eerdere persoonlijkheid meer in zich droegen. Niet alleen waren zij door de nationaal-socialisten uit de samenleving verwijderd, zelfs binnen het kamp behoorden ze tot geen enkele groep, zodat in hun geval daadwerkelijk ieder contact met de menselijke wereld was doorgesneden. Zowel het leven als de dood van de muzelmannen kon men eigenlijk geen leven en dood meer noemen, schrijft Levi:

“Hun leven is kort, maar hun aantal grenzeloos: zij de muzelmannen, de teloorgeganen, vormen de ruggegraat van het kamp; zij, de naamloze, altijd andere en altijd eendere massa, de niet-mensen die in stilte marcheren en zwoegen, in wie de goddelijke vonk is gedoofd, die te uitgeblust zijn om nog echt te kunnen lijden. Men aarzelt om te zeggen dat ze leven; men aarzelt om hun doodgaan dood te noemen, die dood die ze niet vrezen omdat ze te moe zijn om hem werkelijk te begrijpen.”<sup>1472</sup>

De muzelman vormt in dat opzicht het levende bewijs van het failliet van een letterlijke interpretatie van het natuurrecht van de mensenrechten, volgens welke de mens “van nature” vrij en gelijk in waardigheid zouden zijn. Arendt spreekt wegens dit falen daarom zelfs van *het einde van de rechten van de mens* (zie de titel van het desbetreffende hoofdstuk<sup>1473</sup>). In haar ogen zijn de mensenrechten verworpen tot “the evidence of hopeless idealism or fumbling feeble-minded hypocrisy.”<sup>1474</sup> Zij beschrijft het verband tussen het falen van de mensenrechten en het fundamentele onrecht van de Tweede Wereldoorlog als volgt:

“In comparison with the insane end-result – concentration-camp society – the process by which men are prepared for this end, and the methods by which individuals are adapted to these conditions, are transparent and logical. The insane mass manufacture of corpses is preceded by the historically and politically intelligible preparation of living corpses. The impetus and what is more important, the silent consent to such unprecedented conditions are the products of those events which in a period of political disintegration suddenly and unexpectedly made hundreds of thousands of human beings homeless, stateless, outlawed and unwanted, while

1472 P. Levi [1958], *Is dit een mens?*, Amsterdam: Meulenhoff 1999, p. 122-123.

1473 Hoofdstuk 9, “The decline of the nation-state and the end of the Rights of Man” (Arendt [1951] 1973, p. 267 e.v.).

1474 Arendt [1951] 1973, p. 269.

millions of human beings were made economically superfluous and socially burdensome by unemployment. This in turn could only happen because the Rights of Man, which had never been philosophically established but merely formulated, which had never been politically secured but merely proclaimed, have, in their traditional form, lost all validity.”<sup>1475</sup>

In het volgende hoofdstuk zal naar voren komen hoe zij, en in haar voetspoor de Franse filosoof Ricoeur, in plaats daarvan een *constructivistische* opvatting van de mensenrechten en menselijke waardigheid onderschrijft. Menselijkheid en menselijke waardigheid vormen in die opvatting een construct, een deel van *the human artifice*, dat het resultaat vormt van collectieve inspanning. In de woorden van Arendt:

“Actually the experience of the concentration camps does show that human beings can be transformed into species of the human animal, and that man’s “nature” is only “human” insofar as it opens up to man the possibility of becoming something highly unnatural, that is, a man.”<sup>1476</sup>

Het individu kan pas een persoon worden, *mens* zijn, wanneer hij niet langer als *animal laborans* is veroordeeld tot een bestaan in de privé-sfeer van het biologische leven (in de *oikos*), maar als mede-actor en -auteur wordt binnengeleid in de publieke ruimte (in de *polis*). Ook het recht, en met name de juridische persoonlijkheid, maken deel uit van dat menselijke construct en onttrekken de mens aan de betekenisloosheid van de natuur. Zonder dit menselijk construct, en dus ook zonder het recht, zouden wij als “naked savages” zijn, niet meer dan een “specimen of an animal species, called man,”<sup>1477</sup> zo schrijft Arendt. Of zoals Ricoeur in navolging van Arendt stelt:

“C’est dans l’*interesse*<sup>1478</sup> que le souhait de vivre bien achève son cours. C’est comme citoyens que nous devenons humains. Le souhait de vivre dans des institutions justes ne signifie pas autre chose.”<sup>1479</sup>

Kortom, een statische lezing van de mensenrechten veronachtzaamt de maatschappelijke en antropologische condities waaronder de mens überhaupt subject kan worden. Ook het recht heeft volgens deze visie een functie te vervullen bij de

1475 Arendt [1951] 1973, p. 447.

1476 Arendt [1951] 1973, p. 455.

1477 Arendt [1951] 1973, p. 301-302.

1478 In dit citaat toont Ricoeur zich schatplichtig aan Arendts gedachtegoed. “Interesse” is hier bedoeld in arendtiaanse zin, als *inter-esse*. In de woorden van Arendt in *The Human Condition*: “These interests constitute, in the word’s most literal significance, something which *inter-est*, which lies between people and therefore can relate and bind them together” (H. Arendt [1958], *The human condition*, Chicago en Londen: Chicago University Press 1998, p. 182).

1479 P. Ricoeur, “Qui est le sujet du droit ?” in: P. Ricoeur, *Le Juste*, Parijs: Éditions Esprit 1995, p. 17.

humanisering van de mens. De rol van het recht bij de inbedding van de mens als persoon in de publieke sfeer kan langs negatieve weg worden geïllustreerd aan de hand van een analyse van de werking van het recht in de kampen. Wat was de verhouding van het recht tot het naakte leven? Tot wat voor een institutie was het recht binnen de biopolitiek van het kamp gedegradeerd? Naast Arendts gedachtevorming kan het bekendste werk van de Italiaanse jurist en filosoof Agamben, *Homo Sacer. De soevereine macht en het naakte leven*, daarbij behulpzaam zijn.

### 7.11 Het recht en het naakte leven

Volgens Agamben kenmerkte de situatie in de kampen zich niet zozeer door de volledige afwezigheid van recht, maar overheerste daarentegen een specifieke, biopolitieke rechtsvorm. In zijn analyse hanteert hij de volgende vraagstelling:

“In plaats van de definitie van het kamp af te leiden uit de gebeurtenissen die er hebben plaatsgevonden, zullen we de vraag stellen: wat is een kamp, wat is de rechtspolitieke structuur op basis waarvan zulke gebeurtenissen er plaats konden vinden?”<sup>1480</sup>

Via een dergelijke analyse poogt Agamben naar eigen zeggen de analyses van Foucault en Arendt nader tot elkaar te brengen, en in een rechtspolitieke context te plaatsen.<sup>1481</sup> Beide denkers hebben volgens hem de biopolitiek in de kampen niet in volle omvang doordacht, hoewel dat in het werk van beiden op zijn plaats zou zijn geweest. Bij combinatie van beide visies kan deze leemte echter worden gevuld, en treedt de “verborgen relatie” tussen soevereiniteit en biopolitiek aan het licht, aldus Agamben.

In *The Human Condition* (1958) beschrijft Arendt hoe in de moderne samenleving het feitelijke, biologische leven van de *animal laborans* steeds verder de polis binnendringt, en het politieke handelen, dat juist betekenis geeft aan onze beleving, in het nauw brengt. Arendts onderscheid tussen het politieke leven in de polis, en het biologische leven in de oikos, is duidelijk terug te zien in *Homo Sacer*. Agamben spreekt daar, overigens ook in navolging van Arendt,<sup>1482</sup> van *bios* (leven in politieke zin) en *zoè* (leven in biologische zin) om het onderscheid te duiden.<sup>1483</sup> Hoewel Arendts filosofie op die manier duidelijk haar sporen heeft achtergelaten op Agambens denkkader, vraagt Agamben zich af hoe foucaldiaanse begrippen

---

1480 Agamben 2002, p. 178.

1481 Zie Agamben p. 9-12 en p. 129-130.

1482 Arendt [1958] 1998, p. 97.

1483 Agamben 2002, p. 7.

als *biopolitiek* en *biomacht* haar gedachtegoed verder zouden hebben kunnen informeren, met name in haar analyse van het totalitarisme.

Omgekeerd geldt volgens Agamben hetzelfde voor Foucaults werk. Op het einde van *De wil tot weten* introduceert Foucault het begrip *biopolitiek* in een rijke, maar uiterst gecomprimeerde passage die de nodige uitwerking behoeft.<sup>1484</sup> In dit slothoofdstuk contrasteert hij het recht van de soeverein om over de dood van zijn onderdanen te beslissen met een recentere en diffusere vorm van macht die de huidige waarheidsregimes over het leven uitoefenen, *biomacht* genoemd, een contrast dat volgens hem de overgang naar de moderne tijd markeert, zo is in 7.5 beschreven. Foucault laat daarbij echter na het functioneren van die macht binnen de concentratiekampen in zijn overwegingen te betrekken. Volgens Agamben is dat een gemiste kans: in zijn ogen vormt het kamp “de meest absolute biopolitieke ruimte ooit”.<sup>1485</sup> Een analytische beschouwing over de totalitaire biopolitiek van de twintigste eeuw zou, zo stelt Agamben,<sup>1486</sup> een logisch vervolg zijn geweest op Foucaults eerdere onderzoek naar de opsluiting van het individu, *le grand enfermement*, binnen de muren van het gesticht, het ziekenhuis en de gevangenis.

Daarbij stuit Agamben echter op een begripsmatig probleem. Dat Foucault geen beschouwingen aan het nationaal-socialisme heeft gewijd, is niet alleen het gevolg van zijn vroegtijdige dood, die hem er inderdaad van heeft weerhouden zijn gedachten over biopolitiek verder uit te werken. Een belangrijkere reden is dat Foucault, zoals reeds gezegd, zijn begrip van biopolitiek expliciet buiten het conventionele, juridisch-politieke model van macht plaatst.

Het is dit meermaals door Foucault onderstreepte onderscheid tussen soevereine macht en biomacht dat Agamben in zijn conceptualisering van biopolitiek weigert over te nemen. Hoewel hij in de inleiding van *Homo Sacer* stelt dat Foucaults visie op het functioneren van de biopolitiek slechts “zal moeten worden gecorrigeerd, of tenminste moeten worden aangevuld”,<sup>1487</sup> gaat Agambens benadering in werkelijkheid tegen een aantal belangrijke vooronderstellingen van Foucaults begrip van biopolitiek in: Agambens originaliteit, maar ook omstredenheid in filosofische kringen, is onder meer gelegen in de wijze waarop hij Foucaults concept van biopolitiek doortrekt, om haar ook in relatie tot soevereiniteit te doordenken. Waar Foucault de begrippen biopolitiek en biomacht rigoureus scheidt van de soevereine macht om over leven en dood te beslissen, richt Agambens onderzoek zich expliciet op de relatie van biopolitiek tot de soevereine macht.<sup>1488</sup> Sterker nog, volgens Agamben kan men “zelfs zeggen dat de productie van een

1484 Zie het laatste deel, genaamd “Droit de mort et pouvoir sur la vie.” Het betreft hier de introductie van de term in zijn *geschreven* werk. De term was echter reeds tijdens zijn laatste colleges aan het Collège de France geïntroduceerd, waarvan de tekst in *Il faut défendre la société* is vastgelegd.

1485 Agamben 2002, p. 183.

1486 Agamben 2002, p. 129.

1487 Agamben 2002, p. 15.

1488 Voor een nadere beschouwing over het onderscheid tussen Foucault en Agamben in hun gebruik van het begrip *biopolitiek*, zie onder meer Rabinow en Rose 2003; en K. Genel, “Le biopouvoir



biopolitiek lichaam het oorspronkelijke werk van de soevereine macht is". Zijn onderzoek "betreft juist dat verborgen punt van samenkomst van het institutioneel-juridische en het biopolitieke machtsmodel."<sup>1489</sup> Op die manier transposeert Agamben Foucaults analyse van biomacht naar een juridisch kader.

Een volgend verschil met Foucaults benadering is dan ook dat volgens Agamben biopolitiek en biomacht niet uit de achttiende eeuw stammen, maar zo oud zijn als de soevereiniteit zelf. Wanneer Agamben provocerend stelt dat het concentratiekamp het verborgen paradigma van de politieke ruimte is, dan bedoelt hij daarmee dat het naakte leven altijd al bij wijze van uitzondering (hetgeen Agamben insluitende uitsluiting<sup>1490</sup> noemt) tot de kern van de soevereine macht heeft behoord.

In de eerste helft van zijn boek laat hij dat zien aan de hand van een raad-selachtige figuur uit het vroeg-Romeinse recht: de zogenaamde *homo sacer*, uit de titel van zijn boek. Deze 'heilige mens' kon straffeloos worden gedood, maar mocht niet worden geofferd. Agamben interpreteert deze mysterieuze formule als een dubbele verbanning: de *homo sacer* is verbannen uit de rechtsgemeenschap aangezien zijn leven niet wordt beschermd, en hij is verbannen uit de religieuze sfeer, aangezien zijn dood niet als offer kan worden aangemerkt. De bestaanswijze die voor de *homo sacer* overblijft, is die van het naakte leven, een leven ontdaan van de bescherming van zowel het seculiere als het goddelijke recht.<sup>1491</sup>

Desondanks wordt de *homo sacer* door zijn dubbele uitsluiting uit deze ordes volgens Agamben juist ook in diezelfde ordes ingevoegd: de ban die over hem is uitgesproken, betekent niet werkelijk een volledige onttrekking van de *homo sacer* aan het systeem. Via de ban wordt zijn leven daarentegen nader vorm gegeven, gereguleerd, en onder een nieuw regime geplaatst: als *homo sacer* is zijn leven gereduceerd tot een naakt bestaan, dat door een ieder met geweld mag worden beëindigd. Met andere woorden, het naakte leven van de *homo sacer* blijft in het recht "als uitzondering [...] gevangen, dat wil zeggen als iets wat alleen via uitsluiting wordt ingesloten".<sup>1492</sup>

De indirecte insluiting in de rechtsorde die via deze verbanning plaats heeft, blijkt onder meer uit de rol die het recht bij de verbanning vervult. Het recht is niet zozeer buiten toepassing, maar formuleert zelf de voorwaarden waaronder de persoon in kwestie uit de rechtsgemeenschap wordt verstoten. Op die manier verkeert de *homo sacer* in een schemerzone waar het juridische leven (*bios*) en het biologische leven (*zoè*) "in hun wederzijdse in- en uitsluiting elkaar constitueren".<sup>1493</sup>

---

chez Foucault et Agamben", *Methodos*, 4 (2004), "Penser le corps", <[www.methodos.revues.org/document131.html](http://www.methodos.revues.org/document131.html)>.

1489 Agamben 2002, p. 12.

1490 Agamben 2002, p. 28.

1491 Agamben 2002, p. 93.

1492 Agamben 2002, p. 17.

1493 Agamben 2002, p. 101.

Met andere woorden, ook het recht heeft sinds het ontstaan van de soevereine macht een functie vervuld bij de vorming en regulering van het naakte leven. Bij de vervulling van die functie is rond de moderniteit sprake van een kentering. Volgens Agamben begint vanaf die periode het naakte leven niet langer bij wijze van exceptie, maar op directe wijze in de polis, ofwel in de juridische en politieke sfeer, te worden opgenomen. Als cruciale gebeurtenis beschouwt hij de afkondiging van de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* uit 1789:

“Het is nu tijd geworden om de Verklaring van de Rechten van de Mens niet langer te beschouwen als een gratuite verklaring van meta-juridische eeuwigheidswaarde, bedoeld om de wetgever (feitelijk zonder veel succes) te dwingen om eeuwige ethische beginselen in acht te nemen. We moeten daarentegen kijken naar haar werkelijke historische rol bij het ontstaan van de moderne natiestaat. De Verklaring van de Rechten van de Mens representeert de oorspronkelijke invoeging van het natuurlijke leven in de rechtspolitieke orde van de natiestaat. Dit naakte natuurlijke leven dat voor het *Ancien régime* politiek niet van belang was en als creatuurlijk leven aan God toebehoorde, en in de Oudheid als *zoè* duidelijk onderscheiden was (zo lijkt het althans) van het politieke leven (*bios*), komt nu binnen de staatsstructuur op de voorgrond te staan en wordt zelfs het aardse fundament van de legitimiteit en soevereiniteit van de staat. Een eenvoudig onderzoek van de tekst van de Verklaring van 1789 wijst namelijk uit dat het naakte, natuurlijke leven, dat wil zeggen het loutere feit van de geboorte, hier bron en drager van het recht wordt.”<sup>1494</sup>

Met andere woorden, de wijze van insluiting van het naakte leven in de politieke ruimte ondergaat vanaf 1789 een gedaanteverandering. Agamben interpreteert de mensenrechten als een verankering van het biologische leven in het recht en in de politieke sfeer. Vanaf dat moment wordt volgens hem het lidmaatschap van de rechtsgemeenschap aan het enkele, biologische feit van de geboorte verbonden. In de opkomst van het natuurrecht leest Agamben een transformatie van de wijze waarop het naakte leven deel uitmaakt van de rechtsorde. Een van zijn centrale theses luidt dat in de huidige tijd de uitzondering regel is geworden en het naakte leven steeds meer op rechtstreekse wijze door de juridisch-politieke macht wordt ingesloten. Het naakte leven ontsnapt aan de uitzonderingstoestand, en treedt binnen in de polis als nieuw politiek subject. Daarbij ziet Agamben de biopolitiek en de rechtspolitieke structuur van de concentratiekampen niet alleen als een historisch dieptepunt, maar ook als paradigmatisch voor de politisering van het biologische leven.

Met name van belang voor dit onderzoek is Agambens gedachtevorming over de juridische context en basis van biopolitieke regimes. Zijn afwijkende definitie van biopolitiek stelt hem, in tegenstelling tot Foucault, in staat om de relatie van het

---

<sup>1494</sup> Agamben 2002, p. 138.

recht tot het naakte leven nader te verkennen. Via zijn analyse van de rechtspolitieke structuur van het kamp, en het bijbehorende gebruik van de term biopolitiek, wordt het daarnaast mogelijk om Arendts analyse van de kampen vanuit een juridisch perspectief te bezien.

De spil van Agambens denken over de kampen wordt gevormd door zijn reflectie over de verhouding van het recht tot het naakte leven. Dit naakte leven staat niet gelijk aan het biologische, a-politieke leven (zoè), maar bevindt zich juist in een duister grensgebied tussen het biologische (zoè) en politieke leven (bios), waar rechten en feiten naadloos in elkaar overlopen. Kenmerkend voor het recht in de kampen, voor zover men dat überhaupt nog recht kon noemen, is dat dit recht zich rechtstreeks, zonder enige symbolische bemiddeling op het naakte leven van de gevangenen betreft, zo stelt Agamben. Het gevolg is dat in de kampen het onderscheid tussen recht en feit niet meer is te maken:

“Omdat de kampbewoners van elke politieke status beroofd waren en totaal gereduceerd waren tot naakt leven, is het kamp [...] de meest absolute biopolitieke ruimte ooit, waarin de macht niets anders dan het naakte leven tegenover zich heeft, zonder enige bemiddeling [...]. Het naakte leven, waarin zij veranderd waren, is echter geen natuurlijk leven dat buiten de politiek zou vallen en dat het recht alleen maar heeft vast te stellen of te onderkennen. Het is daarentegen een drempel waarop het recht telkens overgaat in feit en het feit overgaat in recht en het onderscheid tussen de twee niveaus dreigt weg te vallen. Het specifieke van het nationaal-socialistische rassenbegrip – en ook de kenmerkende vaagheid en inconsistentie ervan – begrijpen we niet als we vergeten dat het *biopolitieke lichaam*, het nieuwe politieke subject, geen *quaestio facti* is (bijvoorbeeld het vaststellen van een bepaald biologisch lichaam), noch een *quaestio iuris* (het bepalen van de toe te passen rechtsnorm), maar het oord van een soevereine politieke beslissing, die binnen die onbepaalbaarheid van feit en recht opereert.”<sup>1495</sup>

Met andere woorden, de biologische feiten worden door het recht ogenschijnlijk niet langer symbolisch bemiddeld, maar het recht grijpt rechtstreeks in in het menselijk leven in biologische zin. Niet alleen de gevangenen van het kamp worden gereduceerd tot een naakt bestaan, ook het recht wordt op die manier teruggebracht tot een “naakte” versie, waaraan iedere bemiddelende functie wordt ontzegd.

Als we Arendts analyse van de nazistische dehumaniseringspolitiek in herinnering roepen, kunnen we haar uitspraak dat de eerste stap richting totale overheersing het doden van de juridische persoon in de mens is, nu beter begrijpen. De juridische persoonlijkheid kan worden gezien als de centrale categorie bij de juridisch-symbolische bemiddeling van het biologisch bestaan. Slechts nadat deze bemiddeling was weggefallen, konden de kampgevangenen worden

---

<sup>1495</sup> Agamben 2002, p. 183.

getransformeerd in de “living corpses” die Arendt beschreef. Voor Agamben is vooral de muzelman het symbool van het naakte leven dat tevoorschijn komt wanneer het recht samenvalt met de biologische feiten. Wat de gedepersonaliseerde muzelman volgens Agamben kenmerkt is “dat hij zich in een ruimte bevindt waar het onderscheid tussen feit en recht, leven en norm, natuur en politiek totaal is verdwenen”.<sup>1496</sup>

Met andere woorden, door het ontnemen van de juridische persoonlijkheid, wordt de deur opengezet naar niet alleen een totale overheersing van het individu, maar ook naar een radicale onderwerping van het recht aan de veronderstelde biologische werkelijkheid. Een door Arendt geciteerde zin uit het handboek van de Hitler Jugend vormt een treffende illustratie: “Wij geven het leven van ons volk en onze wetgeving vorm volgens de oordelen van de genetica.”<sup>1497</sup> Het resultaat is een totalitaire (thanato-)politiek over het naakte leven, waarin niet iedere vorm van recht afwezig is, maar een uiterst verschaalde versie van het recht functioneert. Een goed voorbeeld is het nationaal-socialistische begrip van ‘ras’ in de rassenwetten:

“De jurist, ambtenaar of ieder ander die met dit begrip moet werken, richt zich niet meer op een norm of een feitelijke situatie. Doordat hij zich uitsluitend bindt aan het ras dat hij met het Duitse volk en de *Führer* deelt, begeeft hij zich in een gebied waar het onderscheid tussen leven en politiek, tussen *quaestio facti* en *quaestio iuris* letterlijk geen enkele betekenis meer heeft.”<sup>1498</sup>

De rassenwetten berusten noch op een volledig juridische, noch op een volledig biologische, feitelijke benadering, maar vormen een totalitaire hybride van beide.

Men kan hiertegen in brengen dat het fascistische begrip van ras even goed een bepaalde symbolische bemiddeling van de biologische feiten tot stand bracht, namelijk een bemiddeling die in het teken staat van de nazistische ideologie, en dat de afstand tussen recht en feit wat dat betreft niet werd opgeheven. Meer algemeen is een bepaalde wetenschappelijke bemiddeling van ‘de feiten’ altijd onvermijdelijk, ook in de biologie. Mede dankzij de wetenschapssociologie en -antropologie is duidelijk geworden hoe er bij iedere wetenschappelijke activiteit een zekere symbolische bemiddeling plaats vindt.<sup>1499</sup> Vooral de ‘wetensappe-

1496 Agamben 2002, p. 197. In later werk vormt de muzelman zelfs een hoofdfiguur, zie deel III uit de *Homo Sacer*-reeks, genaamd *Remnants of Auschwitz*.

1497 Arendt [1951] 1973, p. 350.

1498 Agamben 2002, p. 184.

1499 Zie met name het werk van Latour, waarin de wetenschap wordt beschreven als het tot stand brengen van hybriden van feiten en normen. Reeds bij de wetenschappelijke vaststelling en selectie van feiten is een bepaalde mate van politiek onvermijdelijk, zo komt meermalen in Latours werk naar voren.

lijke' feiten waarvan de nationaal-socialisten zich bedienden kunnen geenszins objectief of neutraal worden genoemd.

Waar Agamben daarentegen op doelt wanneer hij stelt dat het onderscheid tussen recht en feit in de kampen wegviel, is dat de nationaal-socialisten de krankzinnige ambitie koesterden om de afstand tussen het recht en de wetenschap volledig op te heffen, los van het feit of zij daarin slaagden of niet. Met andere woorden, het gevaar van het nazistisch project was gelegen in de poging om het onderscheid tussen natuurwetten en juridische wetten uit te bannen, en daarbij het recht van zijn symbolische dimensie te ontdoen. Zoals Arendt het treffend formuleert, "in these ideologies, the term "law" itself changed its meaning: from expressing the framework of stability within which human actions and motions can take place, it became the expression of the motion itself".<sup>1500</sup> Het recht werd in dienst van een biologische, onttoverde benadering van de mens gesteld. Ofwel, het recht werd ondergeschikt gemaakt aan vermeende biologische wetten, en met name aan een genetisch-deterministische visie op de mens. Vooral beginselen als menselijke waardigheid pasten niet in dergelijk totalitair systeemdenken. Deze vergaande naturalisering en biologisering van het recht is zowel de kern van de totalitaire ideologie als van haar monsterlijke karakter, schrijft Arendt:

"[Totalitarian rule] operates neither without guidance of law nor is it arbitrary, for it claims to obey strictly and unequivocally those laws of Nature or History from which all positive laws always have been supposed to spring. It is the monstrous, yet seemingly unanswerable claim of totalitarian rule that, far from being 'lawless', it goes to the sources of authority from which positive laws received their ultimate legitimation, that far from being arbitrary it is more obedient to these suprahuman forces than any government ever was before, and that far from wielding its power in the interest from one man, it is quite prepared to sacrifice everybody's vital immediate interests to the execution of what it assumes to be the law of History or the law of Nature. Its defiance of positive laws claims to be a higher form of legitimacy which, since it is inspired by the sources themselves, can do away with petty legality."<sup>1501</sup>

Het nazi-recht werd gepresenteerd als een juridische vertaling van veronderstelde natuurwetten, zoals het totalitaire geweld werd gepresenteerd als de helpende hand van een 'natuurlijke' orde, waarin sommige rassen gedoemd zouden zijn om uit te sterven en daarmee volgens Hitlers perverse logica "lebensunwert" waren.

Bij gevolg is het niet duidelijk in hoeverre er in de nationaal-socialistische biopolitiek sprake was van een juridische of biologische benadering, zo stelt Agamben. Zo is de eugenetische leer waarop de nazi-wetenschappers zich berie-

<sup>1500</sup> Arendt [1951] 1973, p. 464.

<sup>1501</sup> Arendt [1951] 1973, p. 462.

pen fundamenteel politiek en normatief gekleurd, en is het recht waarop de nazijuristen zich beriepen verweven met twijfelachtige inzichten uit de genetische leer. Wat het nazistische biorecht principieel onderscheidt van huidige vormen van biorecht, zoals de regulering van de biomedische praktijk, is dat onder het fascistisch bewind het recht iedere sturende kracht werd ontnomen. Het recht werd in de fascistische redenering verondersteld een rechtstreekse vertaling van de biologische werkelijkheid te zijn. Het contrafactische karakter van het recht en zijn beginselen werd volledig ontkend.

Interessant genoeg gaat Agamben ook in op de juridische en politieke aspecten van de medische biotechnologie. In de laatste pagina's van *Homo Sacer* trekt hij zijn stellingen door naar deze tijd. Hij betoogt daar dat de figuren van de muzelman en de homo sacer telkens in nieuwe gedaantes zullen opdoemen. Ook in de biomedische praktijk neemt Agamben deze figuren waar.

Inderdaad lijkt de hedendaagse biopolitiek het meest letterlijk vorm te krijgen in de voortgaande biotechnologische ontwikkelingen.<sup>1502</sup> Als ergens de grenzen tussen politiek en biologisch leven, tussen bios en zoë steeds meer vervagen, dan is het wel op biomedisch terrein. De mogelijkheden tot ingrijpen in de biologische constitutie van de mens maken van het biologisch bestaan het potentiële doelwit van politieke besluitvorming en juridische regulering. Wat dat betreft sluiten de eerder geconstateerde juridificatie van het biologische leven en biologisering van het recht goed bij Agambens betoog aan. Agamben kiest als voorbeeld de hersendode patiënt, die volgens hem een vergelijkbare grensfiguur als de muzelman vormt. Anders gezegd, de hersendode patiënt, door Agamben in navolging van Gaylin ook wel *neomort* genoemd, is in zijn ogen een hedendaags voorbeeld van naakt leven.<sup>1503</sup>

Kon het tijdstip van de dood vroeger als een natuurlijk gegeven worden gezien, sinds de opkomst van biomedische technieken is dat tijdstip in een grijs gebied veranderd. De mogelijkheden om het lichaam kunstmatig in leven te houden hebben wat dat betreft de traditionele manieren van het vaststellen van de dood ondergraven. Niet langer is bijvoorbeeld de lijkstijfheid, of het uitblijven van de hartslag doorslaggevend voor de constatering van de dood, maar de afwezigheid van hersenactiviteit, zoals in 7.3.3 naar voren kwam. De keuze voor de hersendood als criterium is geenszins noodzakelijk te noemen, of uit de biologische feiten af

1502 Zie hierover onder meer Rabinow en Rose 2003.

1503 In de woorden van Agamben: "De reanimatiekamer waar de *neomorts*, de comapatiënt en de *faux vivant* tussen leven en dood zweven, bakent een uitzonderingsruimte af waar een naakt leven in pure staat voor het eerst totaal beheerst wordt door de mens en zijn technologie. Omdat het juist niet om een natuurlijk lichaam gaat, maar om een uiterste belichaming van de *homo sacer* (de comapatiënt zou een 'wezen tussen mens en dier' genoemd kunnen worden), draait het ook hier weer om de bepaling van een leven dat gedood kan worden zonder dat daarmee een moord wordt begaan" (Agamben 2002, p. 176-177).

te leiden. Op zichzelf had ook een ander tijdstip kunnen worden gekozen. In de woorden van Zwart en Hoffer:

“Uiteindelijk is het hersendoodcriterium het resultaat van een keuze: een gezaghebbende instantie bepaalt dat wij dood zijn wanneer één bepaald orgaan – namelijk de hersenen, en niet bijvoorbeeld het hart – dood is. Deze bepaling kan conflicteren met kenmerken die vanuit de leefwereld met het dood-zijn worden verbonden: het dode lichaam is koud en lijkleek, de apparatuur wordt uitgeschakeld, et cetera. Deze keuze voor het hersendoodcriterium wordt een probleem wanneer het *keuze*-karakter ervan niet langer wordt onderkend, wanneer men ertoe overgaat de ‘neutraliteit’ ervan te absoluteren. Het hersendoodcriterium is onmiskenbaar een produkt van een cultuur die het wezenlijke van de mens met bepaalde cognitieve functies identificeert – functies die vervolgens in de hersenen, en niet bijvoorbeeld in merg, bloed, hart of nieren worden gesitueerd.”<sup>1504</sup>

Met andere woorden, het tijdstip van de dood is niet langer slechts een natuurlijk feit, maar steeds meer ook het resultaat van een cultureel gewortelde en politieke beslissing. Volgens Agamben zijn daarom “leven en dood tegenwoordig eigenlijk geen wetenschappelijke maar politieke begrippen”.<sup>1505</sup> De dood is in die zin niet meer alleen een biologische, maar in toenemende mate ook een juridische grens geworden. Voor Agamben is het recent ontstane juridische en biologische schemergebied rond de dood indicatief voor een algehele tendens in het recht:

“Deze fluctuatie van de dood in het schemergebied voorbij het coma wordt weerspiegeld in een analoge fluctuatie tussen medische wetenschap en recht, tussen de medische en de rechtelijke beslissing.”<sup>1506</sup>

Inderdaad blijken meer algemeen de ‘biologische’ grenzen die het juridisch persoonsbegrip van oudsher afbakenden aan vervaging onderhevig te zijn. De dood is immers niet de enige biologische grens die in het juridisch systeem is geïncorporeerd, zo bleek in paragraaf 3 van dit hoofdstuk. De mogelijkheden om van sekse te veranderen, het lichaam ook na het staken van de hersenactiviteit in leven te houden voor de transplantatie van organen, en de kunstmatige voortplantingstechnieken, hebben geresulteerd in een vergaande relativering van de traditionele, biologische grenzen.

Hoewel Agamben op deze manier een treffende beschrijving geeft van de politisering en juridisering van de biologische markeringen van het menselijk bestaan, schiet zijn analyse op een belangrijk punt tekort: hij heeft in meerdere opzichten

---

1504 Zwart en Hoffer 1998, p. 47.

1505 Agamben 2002, p. 176.

1506 Agamben 2002, p. 175.

geen oog voor de symbolische dimensie die eigen is de juridische benadering van het menselijk leven. Dat is te zien aan zowel zijn analyse van de juridische status van de “neomort”, als zijn visie op de verhouding van de mensenrechten tot het biologische leven.

De vergelijking die Agamben maakt tussen de muzelman en de comateuze patiënt lijkt op het eerste gezicht gegrond. De hersendode patiënt is in de meest letterlijke zin een *living corpse*, om de woorden aan te halen die Arendt gebruikt om de degradatie van de gevangenen van de concentratiekampen te beschrijven. Toch is de vergelijking niet helemaal juist. Er blijft een essentieel verschil bestaan tussen de juridisch-symbolische status van de muzelman en de hersendode patiënt.

Het lichaam van de “neomort” is niet ontdaan van iedere juridische bescherming, of symbolische betekenis. Integendeel, zoals het gestorven lichaam het snijpunt vormt van rituelen en sacrale waarden, zo komt ook aan het hersendode lichaam een bepaalde morele en juridische status toe. Het juridisch beschermingsregime van de hersendode patiënt vormt daar een afspiegeling van. De hersendode patiënt wordt op geen moment volledig gedehumaniseerd, net zo min als het biologisch gestorven lichaam als een willekeurig rechtsobject wordt beschouwd.

Met andere woorden, Agamben gaat te ver wanneer hij stelt dat het hersendode lichaam in de medische praktijk en de regelgeving op dit terrein is gereduceerd tot naakt leven: de hersendode patiënt is niet verbannen uit de rechtsorde en de symbolische orde, zoals de homo sacer dat volgens het Romeinse recht was, en hele bevolkingsgroepen dat onder het nazi-regime waren. Dat betekent dat hij evenmin als naakt leven door de rechtsorde wordt ingesloten. De biologische feiten lopen hier niet naadloos in het recht over, maar krijgen via symbolische bemiddeling een plaats in het recht. Die bemiddeling geschiedt via de menselijke waardigheid, die doorwerkt na de dood.

Het biologische leven van de hersendode patiënt kan weliswaar, net als dat van de homo sacer, beëindigd worden zonder dat er sprake is van moord, maar niet nadat er aan bepaalde, wettelijk verankerde voorwaarden is voldaan. Zo moet er volgens de Wet op de orgaandonatie sprake zijn van een wilsverklaring van de persoon in kwestie, of van toestemming van zijn naaste familie. Langs deze weg doet men, ondanks de schending van de integriteit van het hersendode lichaam, recht aan de persoonlijkheidsrechten van de persoon in kwestie. Zijn laatste wil is en blijft doorslaggevend.

Op een soortgelijke manier is Agambens analyse van de mensenrechtenverklaringen eveneens te eenzijdig. In zijn visie inaugureren de mensenrechten de rechtstreekse politisering van het biologische leven, het zoë. Daarmee vormt de *Déclaration* uit 1789 voor hem het startpunt van de invoeging van het naakte leven in de politieke en juridische orde. Men kan zich echter ten zeerste afvragen of het wel zozeer het naakte leven is dat hier wordt ingevoegd. Weliswaar wordt men



volgens de mensenrechtenverklaringen *geboren* met mensenrechten, hetgeen wanneer letterlijk genomen lijkt te verwijzen naar het naakte leven. Maar tegelijkertijd zien we in de mensenrechtenverklaringen een in hoge mate symbolische, ideële figuur haar intrede doen: de menselijke persoon, drager van waardigheid. Met de uitdrukking dat men in gelijkheid en waardigheid wordt geboren duidt men dan ook niet zozeer op het biologische gegeven van de geboorte, maar veel eerder op de gedachte dat gelijkheid en waardigheid inherent zijn aan het menszijn. Met andere woorden, via deze frase wordt de onvervreemdbaarheid van de mensenrechten tot uitdrukking gebracht.

In Agambens ogen is de heiligheid van het leven die door de mensenrechten wordt uitgedragen, echter in wezen dezelfde 'heiligheid' die de verbannen status van de homo sacer kenmerkt. In het concept van heiligheid ligt volgens hem reeds de uitlevering van het naakte leven aan de soevereine macht besloten. In zijn woorden:

"De heiligheid van het naakte leven, die men tegenwoordig als een grondrecht van de mens probeert in te brengen tegen de soevereine macht, drukt oorspronkelijk juist de onderwerping uit van het leven aan een macht over de dood, de relatie waarin het onherroepelijk is prijsgegeven."<sup>1507</sup>

Om die reden kan Agamben de mensenrechten vreemd genoeg beschouwen als de biopolitieke voedingsbodem voor het fascisme:

"Fascisme en nazisme vormen in de eerste plaats een herdefiniëring van de relatie tussen mens en burger en worden alleen inzichtelijk, hoe paradoxaal dit ook mag lijken, als we ze tegen de biopolitieke achtergrond plaatsen die met de nationale soevereiniteit en de mensenrechten gecreëerd is."<sup>1508</sup>

Doordat Agamben de mensenrechten slechts als een eerste stap in de juridificatie van het naakte leven presenteert, blijft de symbolische dimensie van de mensenrechten ten onrechte buiten beeld.

Agambens analyse van het recht in de kampen maakt overtuigend duidelijk waarin een ontkenning van de symbolische dimensie van het recht kan uitmonden. Zodra men ernaar streeft de afstand tussen recht en feiten op te heffen, zodra wordt geprobeerd de juridische bemiddeling via het symbolisch-juridisch persoonsbegrip uit te schakelen, staat de deur open naar totalitaire overheersing over de mens in zijn politieke en biologische bestaan. Desondanks blijft de vraag waar dan het *surplus* van de mens van de mensenrechten in schuilt. Waarin is zijn waardigheid gelegen? En wat maakt hem tot meer dan een biologisch wezen van

---

<sup>1507</sup> Agamben 2002, p. 94.

<sup>1508</sup> Agamben 2002, p. 141.

vlees en bloed? Het laatste hoofdstuk van dit boek is gewijd aan een verkenning van de antwoorden die op deze vraag in recht en rechtsfilosofie worden gegeven.

## 7.12 Conclusie

Het biologische mensbeeld laat zijn sporen na op bioethische regelgeving. Bij de regulering van biomedisch onderzoek en biomedische toepassingen is de neiging groot om aansluiting te zoeken bij biologische, genetische, medische of anderszins empirische aspecten van het menselijke bestaan. Dat medisch-wetenschappelijke criteria hun weg naar het recht vinden is tot op zekere hoogte onvermijdelijk aangezien de biomedische technieken juist op lichamelijk niveau werkzaam zijn. Minder vanzelfsprekend is de doorwerking van dergelijke criteria wanneer het om bijvoorbeeld de attributie van juridische persoonlijkheid gaat, of om de invulling van het juridische begrip van de menselijke waardigheid. Wie maakt als subject deel uit van de rechtsgemeenschap, waarop is die subjectiviteit gebaseerd, en welke bescherming brengt dat met zich? Wanneer men een poging onderneemt het antwoord op deze vragen te baseren op louter gegevens uit de empirische of biologische werkelijkheid, begeeft men zich op glad ijs en gaat voorbij aan de meerdere dimensies van het juridische mensbeeld.

De juridische en de biologische werkelijkheid zijn zowel in logisch als in principieel opzicht van elkaar gescheiden. Wie de kloof die tussen beide werkelijkheden loopt tracht te overbruggen, bijvoorbeeld door het recht als een verlengstuk van de biologische werkelijkheid op te vatten, maakt zich niet alleen schuldig aan een naturalistische drogredenering (logisch onderscheid), maar ontkent eveneens de kernfunctie die het recht in de samenleving vervult (principieel onderscheid). Die kernfunctie betreft de maatschappelijke bemiddeling, normering en uiteindelijk ook humanisering van gebeurtenissen en feiten. Arendt en Agamben laten door hun analyses van het functioneren van het recht onder het nazi-bewind zien waartoe de rechtsorde en het juridisch persoonsbegrip worden gereduceerd wanneer deze bemiddelende functie aan het recht wordt onttrokken. Het recht wordt dan niet meer als een menselijke constructie voorgesteld, maar als een onderdeel van de bovenmenselijke en objectieve waarheid van de Natuur of de Geschiedenis. Anders gezegd, het recht wordt dan *genaturaliseerd*.

Bij de normering van de biomedische praktijk tijd dreigt het gevaar van naturalisering van het recht op een nieuwe manier. In het eerste deel van het hoofdstuk is beschreven hoe men bij de normering van het biomedische handelen naar manieren zoekt om de realiteit van het menselijk lichaam een plaats te geven in het recht. De opkomst van de biomedische technieken en de politieke en maatschappelijke reacties daarop, hebben het recht opgezaagd met de taak om tot een juridische duiding van het lichaam te komen.

Daarmee staat het recht voor een grotendeels nieuwe opgave. Weliswaar worden sinds lang biologische kenmerken en grenzen van het menselijk bestaan weerspiegeld in het recht, zoals de geboorte, de dood, leeftijd, sekse en bloedbanden. Deze biologische aspecten werkten in het recht door als de impliciete vooronderstellingen ten aanzien van het menselijk leven. In de regulering van de biomedische praktijk zijn deze kenmerken echter ter discussie komen te staan. De biologische grenzen en elementen worden als gevolg van deze technieken vatbaar voor menselijke beslissingen.

In dat kader is de juridische benadering van drie voorheen vaststaande grenzen besproken: het sekseverschil, de dood en de geboorte. Deze drie gevallen representeren verschillende manieren waarop het recht de veranderlijke, biomedische werkelijkheid tegemoet treedt. In de regelgeving met betrekking tot transseksualiteit wordt zoveel mogelijk vastgehouden aan het biologische sekseverschil, ook al verandert het onderscheid tussen de seksen in het geval van sekseveranderende operaties tot een kunstmatig en subjectief onderscheid. De hersendood vormt daarentegen een voorbeeld van de manier waarop in rechte de grens van de dood openlijk is verlegd. Tot slot is een andere juridische strategie herkenbaar in de regulering van handelingen met het embryo. Om de prenatale realiteit juridisch te duiden, is er in nationale en internationale regelgeving een nieuwe juridische categorie ontwikkeld. Deze categorie van *menselijk leven* is op haar beurt weer in verschillende nieuwe categorieën onderverdeeld.

In deze context kan het recht niet als de simpele weerslag van de medisch-wetenschappelijke feiten worden opgevat. Het recht beïnvloedt omgekeerd ook de biomedische realiteit en ontwikkelingen. Zo worden in rechte grenzen gesteld aan de mate waarin men in de biologische constitutie van de mens mag ingrijpen. Daarmee is de relatie van het recht tot de biologische aspecten van het menselijk leven niet zo eenduidig als zij wellicht voorheen was. In plaats daarvan is er sprake van een jurisdisering van de biomedische praktijk en wetenschap. Deze ontwikkeling vormt de voedingsbodem voor de totstandkoming van het biorecht.

Vervolgens is een aantal tendensen binnen het biorecht bekeken. In het biorecht is de invloed van de biomedische wetenschap duidelijk zichtbaar. In dat verband wordt in de Franse literatuur van een biologisering en medicalisering van het recht gesproken. Een inherent risico van deze ontwikkeling is dat het recht en zijn beginselen dienstbaar worden gemaakt aan de belangen van biomedische wetenschap. Een daaraan verwant risico is dat het recht vergaand verweven raakt met biopolitieke machtsmechanismen. Om die reden is de opkomst van het biorecht ook in samenhang met Foucaults begrip van biomacht bekeken.

Om te voorkomen dat het recht wordt opgeslokt door dit biopolitieke en biomedische krachtenspel, is een duiding van de autonome taak van het recht bij de regulering van de medische biotechnologie noodzakelijk geworden. In het recht dient een zekere afstand te worden betracht ten opzichte van de biomedische wetenschap. Om die reden werd ten eerste kritiek geuit op doorgeslagen empi-

risme in de rechtswetenschap. Rechtsgeleerden lijken nog altijd aan een minderwaardigheidscomplex te lijden ten opzichte van hun collega's uit de harde wetenschappen. Voor de juridische regulering van de biomedische wetenschappen is het echter van belang de eigenheid van de rechtswetenschappelijke methode en het juridische waarheidsbegrip te achterhalen. Ten tweede werd op de neiging gewezen om bij de regulering van de biomedische praktijk terug te vallen op biologische en medische criteria en grenzen. Een dergelijke neiging ondergraaft de autonomie van het recht ten opzichte van de biomedische praktijk, en vormt een miskennen van de taak die het recht vervult bij de normering van de biomedische ontwikkelingen.

De contouren van de autonome taakstelling van het recht werden verkend aan de hand van Latours analyse van de politieke aspecten van het wetenschappelijk proces. Latours beschrijving van wetenschap in actie schept ruimte voor een juridische inbreng in de wetenschappelijke ontwikkelingen. De vraag welke positie het recht op dit terrein precies inneemt ten opzichte van de biomedische wetenschap en de in de wetenschap gehanteerde criteria, bleef echter onbeantwoord in Latours wetenschapsantropologie. In navolging van Gutwirth werd vervolgens betoogd dat het recht een autonome, bemiddelende functie bij de regulering van de wetenschappelijke ontwikkelingen heeft te vervullen. Bij het duiden van die functie speelt het begrip contrafacticeit een belangrijke rol. Het recht valt niet samen met de feitelijke werkelijkheid, maar brengt een normatieve ordening van de werkelijkheid tot stand. De juridische begrippen en categorieën vormen geen feitelijke beschrijvingen van de werkelijkheid, maar geven een bepaalde normatieve betekenis aan de gebeurtenissen en feiten. De rest van het hoofdstuk was er dan ook op gericht om het belang en doel van deze bemiddelende functie van het recht onder woorden te brengen. Aan de hand van een beschouwing over de misdrijven tegen de menselijkheid uit de Tweede Wereldoorlog, en de verschaalde staat waarin het recht in die periode verkeerde, werden de consequenties getoond van een rechtsorde waarin de bemiddelende, symboliserende en uiteindelijk ook humaniserende taak aan het recht wordt ontzegd.

In hoofdstuk 6 werd gesteld dat de rechtsgeleerde bij de regulering van de medische biotechnologie niet kan volhouden dat het recht geen betrekkingen met de biologische aspecten van het menselijk bestaan onderhoudt. In dit hoofdstuk is betoogd dat het tegendeel evenmin waar is: het recht kan en mag als contrafactisch systeem niet worden samengetrokken met de biologische werkelijkheid. Juist uit het juridisch denkkader dat tot stand is gebracht ter regulering van de biomedische technieken blijkt dat het recht een bepaalde symbolisering en humanisering van de biologische en medische grenzen en elementen van het bestaan tot stand brengt. In het volgende hoofdstuk staat deze symbolische dimensie van het recht centraal. Hoe kunnen in het recht het lichaam en het embryo worden geduid, zonder te vervallen in juridisch biologisme of naturalisme? Welke rol is daarbij weggelegd voor het contrafactische mensbeeld van de menselijke waardigheid?

Aan discussies over de status van het lichaam en het embryo kleeft onvermijdelijk een sterk symbolische dimensie. Men ontkomt in zekere zin niet aan argumenten ontleend aan de menselijke waardigheid, of aan de vraag wat het betekent mens te zijn, ook niet wat de *juridische* betekenis van het persoonsbegrip betreft. Zo kan het antwoord op de vraag in hoeverre een embryo een persoon is of een zaak niet worden beantwoord onder uitsluitende verwijzing naar de biologische feiten. Aangezien de juridische persoon bij uitstek als een contrafactische rechtscategorie is te beschouwen, zoals Foqué en 't Hart meermaals benadrukken, kan men niet op grond van de biologische feiten bepalen in hoeverre een entiteit als een persoon moet worden gekwalificeerd of niet. In de rechtsdogmatiek is men echter geneigd over de status van het embryo spreken alsof die status een reflectie is van de biologische fase waarin het embryo verkeert, en alsof de status van het embryo een afgeleide van de biologische werkelijkheid zou zijn.

Met andere woorden, in een juridische benadering van de nieuwe hybriden die de biomedische wetenschap produceert, is een symbolisch persoonsbegrip onmisbaar. Categorieën als *persoon* en *zaak* zijn geen reflecties van de biologische werkelijkheid, maar contrafactische en cultureel beladen begrippen. Deze juridische begrippen steunen op een symbolische representatie van de werkelijkheid. "Law is part of a distinctive manner of imagining the real",<sup>1509</sup> zoals antropoloog Geertz dat uitdrukt, juist op een terrein waar het ontbreekt aan een geschikt vocabulaire om de nieuwe, biomedische vormen van menselijk leven mee te representeren en maatschappelijk-cultureel te duiden.

---

1509 C. Geertz, "Local knowledge. Fact and law in comparative perspective", in: C. Geertz, *Local Knowledge. Further essays in interpretive anthropology*, New York: Basis Books 1983, p. 184.

## 8 De symbolische dimensie van het juridische persoonsbegrip

### 8.1 Het ‘irrationeel restant’ van het recht

In de voorgaande hoofdstukken is betoogd dat het lichamelijk domein zich slechts op onbevredigende wijze laat representeren binnen de kaders van een artificialistische en een biologistische benadering. Iets wezenlijks ontsnapt aan het voorstellingsvermogen van zowel het technisch-juridische persoonsbegrip als de biologisch-juridische benadering van de mens wanneer we ons op het terrein van het lichaam begeven. Dat ‘iets’ verzet zich tegen een absolute reïficatie van het menselijk leven, lichaam en embryo, evenals tegen een volledige marktwerking en contractualisering van relaties wanneer het de lichamelijke constitutie van de mens betreft. Anders gezegd, er bestaat een zekere vrees voor het vrijgeven van het lichaam binnen het recht, een aarzeling ten aanzien van een absoluut recht op lichamelijke zelfbeschikking. Rechtsfilosoof Visser 't Hooft beschrijft deze gewaarwording in de volgende passage:

“De weerstand tegen het zelfbeschikkingsrecht vertoont [...] nog andere dimensies [...] Naar ik meen bestaat [...] bij velen een fundamentele huiver, om de lichamelijke grondaspecten van het menselijk bestaan voor zelfbeschikking vrij te geven. Dit moeilijk te preciseren, maar waarschijnlijk toch krachtige motief, weegt het zwaarst met betrekking tot de nieuwe voortplantingstechnieken. [...] Verstoort manipulatieve voortplanting een natuurlijke orde: vindt hier een inbreuk plaats op ‘the wholeness of man’, op zijn integriteit als eenheid van geest en lichaam? Het getuigt mijns inziens van intellectuele gemakzucht indien men deze huiver, als ‘irrationeel restant’, zonder meer terzijde schuift. Dáárvoor is de verhouding tussen het zelfbeschikkingsrecht en de ontwikkeling van de techniek te problematisch.”<sup>1510</sup>

De “fundamentele huiver” waarvan Visser 't Hooft spreekt is echter nauwelijks in concrete bewoordingen te vatten. De nieuwe biomedische technieken roepen veelal een ongemakkelijk gevoel op dat moeilijk nader te duiden is. Waarom is het bijvoorbeeld verboden om experimenten te verrichten met lijken waarvoor bij leven geen toestemming is gegeven, mensen met dieren te kruisen, men-

---

<sup>1510</sup> H.Ph. Visser 't Hooft, “De doolhof van het zelfbeschikkingsrecht”, in: J. Ten Berge (red.), *Recht als norm en aspiratie*, Nijmegen 1986, p. 394.

selijke klonen op de wereld te zetten, ‘designer baby’s’ te creëren of te handelen in embryo’s en organen? Van wat voor een schade is in dergelijke gevallen sprake? Wiens belangen zijn het die worden aangetast?

Het antwoord is niet onmiddellijk duidelijk. De oorzaak van de complexiteit van deze vragen is dat de verontwaardiging die deze gevallen veelal oproepen niet primair haar basis vindt in een inbreuk op het schadebeginsel, een aantasting van de goede zeden of strijdigheid met de goede smaak. De reacties die deze kwesties losmaken lijken eerder van een existentiële orde te zijn. Habermas vergelijkt het ook wel met het gevoel dat de grond onder de voeten wordt weggetrokken.<sup>1511</sup> Maar waar is de basis van deze fundamentele huiver dan in gelegen? Is er een plaats voor dit “irrationeel restant” in het recht weggelegd? En als men die huiver als leidraad in het recht hanteert, treedt het recht dan niet buiten de taak die het is gegeven in ons liberale bestel?

Een beroemde poging om deze huiver vruchtbaar te maken voor de ethiek, en op die manier indirect voor het recht, is afkomstig van de Duitse filosoof Hans Jonas, een leerling van Heidegger.<sup>1512</sup> Het uitgangspunt van zijn hoofdwerk *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation* (1979) wordt gevormd door het gegeven dat het moderne technische handelen uiterst ingrijpende consequenties voor de toekomst van de mensheid kan hebben, gevolgen die men echter op het moment van handelen nauwelijks kan overzien. Sinds Hiroshima en Nagasaki is men ervan doordrongen dat men met behulp van nieuwe technische vindingen zelfs in staat is het voortbestaan van de menselijke soort in gevaar te brengen. Bovendien is de mens niet langer alleen het subject van de technologie, maar begint hij met name in de medische biotechnologie er ook het object en product van te worden. Jonas noemt als voorbeelden onder meer menselijke genetica en technologie ter verlenging van het menselijk leven.<sup>1513</sup>

Volgens Jonas dwingen de mogelijk verstrekkende gevolgen van technische ontwikkelingen ons tot een nieuwe ethische sensibiliteit: de verantwoordelijkheid voor ons handelen kan zich niet meer beperken tot de directe gevolgen voor de bestaande samenleving, maar dient zich mede uit te gaan strekken over de potentiële gevolgen voor toekomstige generaties. Hij bepleit daarmee een verbreding van onze morele horizon zodat ook “de verre mens, de mens die er nog niet is”<sup>1514</sup> in onze afwegingen kan worden betrokken. Jonas formuleert het ook wel door middel van een variatie op Kants categorische imperatief: “Handle so,

1511 J. Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt: Suhrkamp 2005, p. 72-73.

1512 Ook Visser 't Hooft zelf lijkt het in deze richting te hebben gezocht, getuige zijn later verschenen studies van Jonas' werk (zie onder meer H.Ph. Visser 't Hooft, *Het recht van de toekomst. Over morele aspecten van duurzaamheid*, Kampen: Klement 2006).

1513 H. Jonas [1979], *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2003, p. 47-53.

1514 Visser 't Hooft 2006, p. 17.

daß die Wirkungen deiner Handlung verträglich sind mit der Permanenz echten menschlichen Lebens auf Erden.”<sup>1515</sup> Op basis van deze imperatief roept Jonas op tot een *toekomstethiek* waarin we een *heuristiek van de vrees* als leidraad van ons handelen hanteren. De theoretische basis en werking van deze heuristiek zet hij als volgt uiteen:

“So wie wir nicht um die Heiligkeit des Lebens wüßten, wenn es nicht das Töten gäbe [...]; und nicht um den Wert der Wahrhaftigkeit, wenn es nicht die Lüge gäbe, nicht um die Freiheit wenn nicht Unfreiheit, und so fort – so verhilft auch in unserm Fall einer noch gesuchten Ethik der Fernverantwortung, die keine jetzige Übertretung schon im Realen offenbar gemacht hat, uns erst die *vorausgesehene Verzerung* des Menschen zu dem davor zu *bewahrenden* Begriff des Menschen, und wir brauchen die Bedrohung des Menschenbildes – und durchaus spezifische Arten der Bedrohung – um uns im Erschrecken davor eines wahren Menschenbildes zu versichern. Solange die Gefahr unbekannt ist, weiß man nicht, was es zu schützen gibt und warum: das Wissen darum kommt, aller Logik und Methode zuwider, aus dem Wovor. Dieses erscheint uns zuerst und lehrt uns durch die dem Wissen vorausseilende Auflehnung des Gefühls, den Wert zu sehen, dessen Gegensatz uns so affiziert. Wir wissen erst, *was* auf dem Spiele steht, wen wir wissen *daß* es auf dem Spiele steht.”<sup>1516</sup>

Anders gezegd, de ethiek zou volgens Jonas eerder te rade moeten gaan bij onze angsten dan onze wensen, om te achterhalen wat ons het meest dierbaar is.

Deze benadering betekent onder meer dat wanneer er verschillende prognoses bestaan over de mogelijke gevolgen van technologisch handelen, men van de meest negatieve prognose dient uit te gaan.<sup>1517</sup> In het recht is een dergelijke benadering min of meer werkzaam in de vorm van het voorzorgbeginsel, dat vooral in het milieurecht van toenemende betekenis blijkt te zijn. De Europese Commissie heeft dat beginsel als volgt omschreven:

“Wanneer er [...] gegronde redenen zijn om te vrezen dat potentiële gevaren het milieu of de gezondheid van mensen, dieren en planten zouden kunnen aantasten, maar de beschikbare gegevens geen uitvoerige risico-evaluatie mogelijk maken, is het voorzorgbeginsel politiek gezien op verscheidene gebieden als strategie voor risicobeheer aanvaard.”<sup>1518</sup>

---

1515 Jonas [1979] 2003, p. 36.

1516 Jonas [1979] 2003, p. 63.

1517 Jonas [1979] 2003, p. 70.

1518 Mededeling van de Europese Commissie over het voorzorgbeginsel, COM(2000)1 (2 februari 2000), sub 3. Een andere belangrijke bepaling op dit terrein is beginsel 15 van de *Verklaring van Rio* (1992). Deze bepaling is echter uitsluitend op bescherming van het milieu gericht: “Teneinde het milieu te beschermen zullen staten naar hun vermogen op grote schaal de voorzorgsbenadering moeten toepassen. Daar waar ernstige of onomkeerbare schade dreigt, dient het ontbreken



Met andere woorden, het voorzorgbeginsel betreft de potentiële *tastbare* gevolgen van menselijk handelen voor het milieu of de volksgezondheid. Hoewel het voorzorgbeginsel toeziet op situaties waarin er geen absolute wetenschappelijke zekerheid is te verkrijgen over het intreden van de schadelijke gevolgen, is een belangrijk vereiste voor toepassing van het beginsel dat de vermeende risico's via een objectieve, wetenschappelijke evaluatie zijn vastgesteld. Men spreekt in dat verband van de *onzekerheidsparadox* van het voorzorgbeginsel.

Overwegingen van deze aard zijn van invloed in regelgeving op het terrein van de biotechnologie, met name in de regulering rondom genetisch gemodificeerde organismen.<sup>1519</sup> Uiteraard is zij eveneens in de regulering van de humane biotechnologie herkenbaar, hoewel bij de totstandkoming van dergelijke regelgeving ook andere ethische bezwaren veel gewicht in de schaal leggen. Een goed voorbeeld van de doorwerking van het voorzorgbeginsel in de biomedische regulering is het tijdelijk verbod op xenotransplantatie, dat wil zeggen op de transplantatie van levende dierlijke organen of andere lichaamsdelen in het menselijk lichaam.<sup>1520</sup> Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de ratio van dit verbod is gelegen in het voorkomen van de mogelijke en onbekende risico's van dergelijke ingrepen.<sup>1521</sup> Van eventuele ethische of maatschappelijke bezwaren tegen xenotransplantatie wordt in de MvT niet gerept.

Ook al vormt het voorzorgbeginsel een belangrijke richtlijn bij de normering van nieuwe ontwikkelingen waarvan we de schadelijke gevolgen niet onmiddellijk kunnen overzien, binnen deze benadering is het niet mogelijk de morele kern van het juridische verbod op de creatie van menselijke klonen of designer baby's te verwoorden.<sup>1522</sup> De door Visser 't Hooft beschreven aarzeling ten opzichte van een absoluut zelfbeschikkingsrecht komt niet zozeer voort uit angst voor de schadelijke gevolgen van de medische biotechnologie voor de volksgezondheid en het milieu. Zelfs als men met volledige zekerheid kon vaststellen dat de biotechnologische interventies in de menselijke natuur geen tastbare schade voor de gezondheid tot gevolg hebben, dan nog zou de fundamentele twijfel over de wenselijkheid van veel van deze technologieën overeind blijven. In navolging van Jonas' heuristiek van de vrees kan men zich daarom afvragen wat dan wél de grootste angst over biotechnologische interventies in de menselijke natuur

---

van volledige wetenschappelijke zekerheid niet als argument te worden gebruikt voor het uitstellen van kosten-effectieve maatregelen om milieuaantasting te voorkomen."

1519 Zie over de functie van het voorzorgbeginsel in de regelgeving met betrekking tot genetisch gemodificeerde organismen, hoofdstuk 6 van het nog te verschijnen proefschrift (Amsterdam UvA) van F.M. Fleurke over de juridische betekenis van het voorzorgbeginsel.

1520 Zie art. 6a lid 1 Wet op bijzondere medische verrichtingen (WBMV).

1521 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 284, nr.3 (MvT), p. 2-3.

1522 Somsen wijst erop dat desondanks in publieke besluitvorming over biomedische kwesties achter het gebruik van het voorzorgbeginsel ethische argumenten schuil kunnen gaan (J. Somsen, *Regulering van humane genetica in het neo-eugenetische tijdperk* (oratie Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 38-40).

is. Volgens Jonas' toekomstethiek zouden we daartoe onze *verbeelding* moeten gebruiken, in plaats van, zoals gebruikelijk is in het recht, te rade te gaan bij kennis van voorvallen uit het verleden:

“Es ist also von einer imaginativen Kasuistik die Rede, die nicht wie Kasuistik sonst in Recht und Moral der Erprobung schon bekannten Prinzipien dient, sondern die Aufspürung und Entdeckung noch unbekannter. Die ernste Seite der ‘science fiction’ liegt eben in der Anstellung solcher wohlinformierten Gedankenexperimente, deren plastischen Ergebnissen die hier gemeinte Funktion zukommen kann.”<sup>1523</sup>

Aldous Huxleys *Brave new world*, dat Jonas zelf ook als voorbeeld noemt, biedt op dat punt een goede verbeeldingsoefening.<sup>1524</sup> Zijn dystopische scenario, waarin de mens reeds voorafgaand aan zijn geboorte vergaand is geconditioneerd, gemanipuleerd en gekloneerd voor maatschappelijke doeleinden, staat te boek als dé biotechnologische nachtmerrie. Huxley beschrijft een samenleving waarin de staat de menselijke voortplanting volledig naar zich toe heeft getrokken en de samenstelling van de bevolking via biotechnologische toepassingen tot in de kleinste details beheerst. Een ieder wordt op die manier reeds voor de geboorte ‘geprogrammeerd’ om een bepaalde maatschappelijke positie in te nemen. Het resultaat is een kastensysteem op basis van biologische eigenschappen, waarin sommigen biologisch gedoemd zijn voor hersenloze, lichamelijke arbeid, en anderen zijn gecreëerd om in het uitgebreide bureaucratische apparaat te functioneren. Volgens de overheidspropaganda is het doel van de totalitaire teeltpolitiek het in stand houden van “social stability”.

Ondanks alle overheidsmanipulatie komt niemand in verzet tegen deze biodictatuur. De mensen in Huxleys fictieve samenleving zijn schijnbaar tevreden. Ze kennen geen pijn, depressie of zorgen, aangezien iedereen door manipulatie, indoctrinatie en drogering gelukkig en gezond is. Monogamie is verboden (“everyone belongs to everyone else”) zodat een ieder seksueel aan zijn trekken kan komen, en honger, criminaliteit en ziekte zijn teruggebracht. Vanuit een utilistisch standpunt is er weinig tegen deze *brave new world* in te brengen: pijn en ellende zijn tot een minimum beperkt, iedereen is gelukkig en gezond, en genot en behoeftebevrediging zijn binnen handbereik. Waarom boezemt dit toekomstbeeld dan toch angst in?

Het probleem is volgens de meest gebruikelijke lezing van het boek dat het leven van deze mensen in veel opzichten nauwelijks ‘menselijk’ kan worden genoemd. De personages uit *Brave new world* leiden een leven zonder de angsten,

<sup>1523</sup> Jonas [1979] 2003, p. 67-68.

<sup>1524</sup> Elders heb ik gebruik gemaakt van een biomedisch toekomstscenario om de onderliggende belangen en waarden van biomedische regelgeving boven tafel te krijgen (B.C. van Beers (2009a), *De humaniteit van humane biotechnologie. Juridische perspectieven op menselijke waardigheid en medische biotechnologie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2009-I), Deventer: Kluwer 2009, p. 125-130).

moeilijke keuzes, verantwoordelijkheden, worstelingen en pijn die het leven kenmerken. Daarmee kennen ze echter evenmin de aspiraties, liefde, reflectie, diepgang, familie-betrekkingen en voldoening die volgens onze huidige maatstaven het leven het waard maken geleefd te worden. Een leven dat ontgaan is van alle negatieve aspecten is daarmee paradoxaal genoeg eveneens van iedere mogelijkheid tot werkelijke menselijke vrijheid en geluk ontgaan. Maar niet alleen geven de fragiliteit en eindigheid van het menselijk leven betekenis en zin aan het bestaan, ook maken zij dat bestaan überhaupt tot een *menselijk* bestaan:

“The people in *Brave new world* may be healthy and happy, but they have ceased to be *human beings*. They no longer struggle, aspire, love, feel pain, make difficult moral choices, have families, or do any of the things that we traditionally associate with being human.”<sup>1525</sup>

Huxley's gedachtenexperiment legt in zijn extremiteit de bestaande angsten voor bijvoorbeeld kloneren en genetische manipulatie bloot. De belangrijkste reden dat men de revolutie die de humane biotechnologie en andere nieuwe antropotechnieken tweeweg brengen met de nodige argwaan en scepsis benadert, is gelegen in de gedachte dat het in deze technieken onze *menselijkheid* is die op het spel staat. De menselijke natuur en het menselijk leven zijn in *Brave new world* verworden tot een fabrieksproduct dat in dienst staat van politieke, sociale en economische belangen. Het gevolg van een dergelijke instrumentalisering, mechanisering en reïficatie van de mens is een verwatering van het onderscheid tussen mens en ding, mens en dier, en mens en machine. Met andere woorden, de fundamentele huiver komt voort uit de gedachte dat de humane biotechnologie kan uitmonden in een aantasting van sinds lang bestaande visies op de mens als een uniek en vrij wezen. Habermas spreekt in dat verband van *Schwindelgefühle* die door de biotechnologische *Verunsicherung der Gattungsidentität* worden opgeroepen,<sup>1526</sup> ofwel het duizelingwekkende gevoel dat het beeld dat we van onszelf als lid van de menselijke soort koesteren door de hedendaagse antropotechnieken onderuit wordt gehaald.

1525 F. Fukuyama, *Our posthuman future. Consequences of the biotechnology revolution*, New York: Farrar, Straus en Giroux 2002, p. 6.

1526 Habermas noemt de reïficatie van het menselijk embryo als voorbeeld: “Wenn ich die Diskussion über die ‘Vernutzung’ von Embryonen für Forschungszwecke oder die ‘Zeugung von Embryonen unter Vorbehalt’ richtig einschätze, drückt sich in den affektiven Reaktionen nicht so sehr moralische Empörung als vielmehr Abscheu vor etwas Obszönem aus. Es sind Schwindelgefühle, wie sie uns erfassen, wenn ein sicher geglaubter Boden unter den Füßen wegrutscht. Symptomatisch ist der Ekel beim Anblick der chimärischen Verletzung von Artgrenzen, die wir naiverweise für ‘unverrückbar’ gehalten hatten. Das ‘ethische Neuland’ [...] besteht in der Verunsicherung der Gattungsidentität. Die wahrgenommenen und befürchteten Entwicklungen der Gentechnologie greifen das Bild an, das wir uns von uns als dem kulturellen Gattungswesen ‘Mensch’ gemacht hatten – und zu dem es keine Alternative zu geben schien” (Habermas 2005, p. 72-73).

In tegenstelling tot gevolgen voor de volksgezondheid en het milieu is de schade die het resultaat is van de vervaging van ons zelfbegrip als mens nauwelijks meetbaar, kwantificeerbaar of wetenschappelijk te bewijzen. Wanneer menselijke embryo's voor wetenschappelijke doeleinden worden gecreëerd of kruisingen tussen mensen en dieren tot stand worden gebracht, wordt niemand rechtstreeks in zijn rechten getroffen noch is er sprake van concrete schade. Zoals Labrusse-Riou naar aanleiding van het verbod op kloneren stelt: "La difficulté c'est que personne ne souffre dans cette affaire. Ce qui souffre, c'est la société, la référence, la culture, ce qui est probablement plus grave."<sup>1527</sup> De verschuiving die de medische biotechnologie dreigt teweeg te brengen, vindt op een dieper gelegen niveau plaats, namelijk op *symbolisch* vlak, via een aantasting van de antropologische en culturele voorstelling die wij van onszelf als mensen door de geschiedenis heen hebben gemaakt. In het licht van de medische biotechnologie blijkt dit zelfbeeld een broze constructie. De biomedische wetenschappen maken immers op ont-nuchterende wijze duidelijk dat het antropologische mensbeeld in tegenspraak is met de biologische 'feiten'. In het genetisch universum zien we weinig terug van de aangeboren waardigheid en vrijheden van de mens.

Maar waarom zou men überhaupt aan dit contrafactische, niet natuurwetenschappelijk te funderen mensbeeld blijven vasthouden? Het belang van dit antropologische zelfbeeld wordt onder meer duidelijk wanneer men beseft dat het aan de basis van ons juridische en ethische denken staat. De symbolische voorstelling van de mens als vrij, gelijk en waardig wezen behoort immers tot de kerngedachten van het rechtssysteem. Zij krijgt vooral gestalte in het juridische onderscheid tussen persoon en zaak, dat zijn sporen op alle deelgebieden van het recht heeft achtergelaten. In eerdere hoofdstukken is aan bod geweest hoe deze *summa divisio* in het biomedisch tijdperk bijzonder problematisch is geworden. Alleen al hieruit blijkt dat de vervaging van het zelfbegrip die het gevolg is van de nieuwe biomedische kennis doorwerkt tot in de grondslagen van het recht. De biotechnologie kan in een fragmentatie en verdinglijking van de mens en het menselijke resulteren die onverenigbaar is met de eenheid van lichaam en geest die de mens tot op heden in het recht werd voorondersteld te zijn. De biotechnologie brengt op die manier een revolutionaire verschuiving teweeg in de bestaande representaties van de verhouding van onszelf tot ons lichaam, van ons lot tot onze keuzevrijheid, en van onszelf tot de ander. Habermas verwoordt de repercussies van deze verschuiving voor ons morele bewustzijn als volgt:

"Die Manipulation der Zusammensetzung des fortschreitend entschlüsseltem menschlichen Genoms und die Erwartung mancher Genforscher, alsbald die Evo-

1527 Deze uitspraak deed Labrusse-Riou als lid van de Franse nationale ethische commissie (CCNE). Aangehaald in M. Marcuzzi, "La revendication des corps", in: E. Dockès en G. Lhuillier (red.), *Le corps et ses représentations*, Collection 'Théories et droit', Dijon: Litec 2001, p. 31.

lution selbst in die Hand nehmen zu können, erschüttern immerhin die kategoriale Unterscheidung zwischen Subjektivem und Objektivem, zwischen Naturwüchsigem und Gemachtem in solchen Regionen, die unserer Verfügung bisher entzogen waren. Es geht um die biotechnische Entdifferenzierung von tief verwurzelten kategorialen Unterscheidungen, die wir in unseren Selbstbeschreibungen bisher als invariant unterstellt haben. Das könnte unser gattungsethisches Selbstverständnis so verändern, dass davon auch das moralische Bewusstsein affiziert wird – nämlich Bedingungen der Naturwüchsigkeit, unter denen wir uns allein als Autoren des eigenen Lebens und als gleichberechtigte Mitglieder der moralischen Gemeinschaft verstehen können.”<sup>1528</sup>

Met andere woorden, Habermas vraagt zich af welk effect de medische biotechnologie zal hebben op een ieders beeld van zichzelf als zelfbeschikkend individu en gelijkwaardig lid van de gemeenschap. Is een geloofwaardige uitoefening van zelfbeschikking nog wel mogelijk, wanneer men voorafgaand aan zijn geboorte is ontworpen of geselecteerd om aan het uitgebreide eisenpakket van zijn ouders te voldoen, of wanneer men zijn organen of embryo's heeft moeten verkopen om het hoofd boven water te houden? Is gelijkheid nog wel mogelijk wanneer mensen de genetische kopie vormen van reeds bestaande mensen, wanneer de situatie ontstaat dat mensen het product zijn van de wensen van anderen of wanneer biomedisch ingrijpen resulteert in een genetische versplintering van de mensheid? Meer algemeen kan men zich afvragen hoe de vervaging van het onderscheid tussen natuur en artefact doorwerkt in onze morele ervaring.

Een en ander kan worden geschetst aan de hand van de biomedicalisering van de geboorte. Voelt bijvoorbeeld een kloon, of degene wiens genetische constitutie het ontwerp is van zijn ouders of anderen, zich minder vrij dan iemand die op natuurlijke wijze is geconcipieerd, en dient hij ook als minder vrij te worden beschouwd? De geboorte van een kind wordt gezien als het open en onbeschreven begin van nieuw leven. Het mysterie van nieuw leven vervult een ieder met ontzag, juist doordat het kan worden beschouwd als een proces dat onttrokken is aan de invloed en beschikking van anderen. De geboorte van nieuw leven is daarmee ook het symbool voor de onreducerbare aard van de mens, zijn wezenlijke vrijheid, en zijn potentie tot overstijging en verandering van het gegeven. Arendt drukt dat ook wel uit met de mooie, raadselachtige term *natality*:

“The new beginning inherent in birth can make itself felt in the world only because the newcomer possesses the capacity of beginning something anew, that is, of acting. In this sense of initiative, an element of action, and therefore of *natality*, is inherent in all human activities.”<sup>1529</sup>

<sup>1528</sup> Habermas 2005, p. 76-77.

<sup>1529</sup> H. Arendt [1958], *The human condition*, Chicago en Londen: Chicago University Press 1998, p. 9.

Voor Arendt is *natality* dan ook de ontologische voorwaarde voor vrij handelen in de publieke sfeer. Juist dit handelen, waarbij kan worden gedacht aan onder meer interactie, gedachtenuitwisseling, politiek en communicatie met anderen, maakt in tegenstelling tot arbeid en werk, het leven in haar optiek tot een menselijk en vrij leven.<sup>1530</sup>

Het is veelzeggend dat dit open begin van het menselijk leven, en volgens Arendt dus ook het symbool voor menselijke vrijheid, in toenemende mate wordt onderworpen aan controle- en beschikkingspraktijken. De ontwikkelingen op het terrein van de prenatale diagnostiek, en de eventuele realisatie van kloon-technieken, zijn in tegenspraak met een dergelijke visie op de geboorte als een mysterieuze gebeurtenis. Men kan zich afvragen of daardoor niet een van de mogelijkhedenvoorwaarden om zich een vrij mens te voelen wordt weggenomen. De idee dat onze biologische constitutie het resultaat is van een blind en natuurlijk proces waarover niemand beschikt of heeft beschikt, maakt dat we ons thuis voelen in ons eigen lichaam, en dat we ons, zoals ook Habermas dat uitdrukt, de auteurs van ons eigen leven kunnen voelen. Als kinderen daarentegen in hun genetische samenstelling meer en meer het product worden van menselijk handelen, lijkt er weinig van de uniciteit en ongrijpbaarheid van het menselijk leven over te blijven.

Dat leidt tot de vraag of en hoe we deze nieuwe ontwikkelingen kunnen rijmen met onze morele en juridische denkkaders, die immers in het teken staan van het onderscheid tussen subject en object, het gegeven en het veranderlijke, verantwoordelijkheid en lotsbestemming. Vaststaat dat de biotechnologie via haar feitelijke bevraging van het ethisch-juridische mensbeeld doorwerkt tot in de kern van juridische en morele denkpatronen. Volgens Ronald Dworkin vloeit de angst voor kloneren en genetische manipulatie dan ook niet zozeer voort uit overwegingen op het gebied van veiligheid, sociale rechtvaardigheid of esthetiek,<sup>1531</sup> maar gaat het in de kern om een angst voor een vergaande ontworteling van onze juridische en morele denksystemen:

“The overall structure of our moral and ethical experience [...] depends, crucially on a fundamental distinction between what we are responsible for doing or deciding, individually or collectively, and what is given to us, as a background against which we act or decide, but which we are powerless to change. For everyone, the distinction, however they describe it, draws a line between who we are and what we are, for which either a divine will or no one but a blind process is responsible, and what we

1530 “The miracle that saves the world, the realm of human affairs, from its normal, “natural” ruin is ultimately the fact of natality, in which the faculty of action is ontologically rooted. It is, in other words, the birth of new men and the new beginning, the action they are capable of by virtue of being born” (Arendt [1958] 1998, p. 247).

1531 Dworkin gaat op deze gebieden afzonderlijk in (R. Dworkin, “Playing God: genes, clones, and luck”, in: R. Dworkin, *Sovereign virtue. The theory and practice of equality*, Cambridge/London: Harvard University Press 2000, p. 439-442).

do with that inheritance, for which we are indeed, separately or together, responsible. The crucial boundary between chance and choice is the spine of our ethics and our morality, and any serious shift in that boundary is seriously dislocating. [...]

My hypothesis is that genetic science has suddenly made us aware of the possibility of a similar though far greater pending moral dislocation. We dread the prospect of people designing other people because that possibility in itself shifts – much more dramatically than in these other examples – the chance/choice boundary that structures our values as a whole, and such a shift threatens, not to offend any of our present values, derivative or detached, but, on the contrary, to make a great part of these suddenly obsolete. [...] If we were to take seriously the possibility we are now exploring – that scientists really have gained the capacity to create a human being having any phenotype that they or their prospective parents choose – then we could chart the destruction of settled moral and ethical attitudes starting at almost any point.”<sup>1532</sup>

Volgens Dworkin komt de fundamentele huiver voor genetische manipulatie en andere biomedische technieken dan ook niet voort uit een inherente morele verwerpelijkheid van deze technieken, maar eerder uit het feit dat de medische biotechnologie het recht en de ethiek op hun grondvesten doet schudden. Veel van de centrale juridische en morele categorieën zullen moeten worden bijgesteld, nu de onderscheidingen waarop zij berusten, zoals het onderscheid tussen persoon en zaak, keuze en natuurlijke lotsbestemming, door de biotechnologische toepassingen op de mens wordt gerelativeerd. In Dworkins woorden:

“The terror many of us feel at the thought of genetic engineering is not a fear of what is wrong; it is rather a fear of losing our grip on what is wrong. We are not entitled – it would be a serious confusion – to think that even the most dramatic shifts in the chance/choice boundary somehow challenges morality itself: that there will one day be no more wrong or right. But we are entitled to worry that our settled convictions will, in large numbers, be undermined, that there will be a kind of moral free-fall, that we will have to think against a new background and with uncertain results. Playing God is playing with fire.”<sup>1533</sup>

Deze volgens Dworkin terechte angst voor een *moral free-fall* vormt zijns inziens echter geen rechtvaardiging om de kop in het zand te steken en bij voorbaat iedere genetische ingreep in de ban te doen. De huiver dient daarentegen de aanleiding te vormen tot een nieuwe articulatie van morele en juridische grondwaarden. Juist nu men als gevolg van de medische biotechnologie vreest in een ethisch moeras weg te zinken, en op moreel vlak het spoor bijster te raken, hebben we volgens Dworkin “discovered a challenge that we must take up rather than a reason for

<sup>1532</sup> Dworkin 2000, p. 443-445.

<sup>1533</sup> Dworkin 2000, p. 446.

turning back”.<sup>1534</sup> Met andere woorden, hij beschouwt de huiver voor genetische ingrepen in de mens niet als een reden om deze technieken zonder meer de rug toe te keren, maar als een teken dat we de centrale beginselen van het recht en de ethiek opnieuw moeten doordenken.

In het postscriptum bij zijn artikel doet hij alvast zelf een poging tot hernieuwde verwoording van de uitgangspunten van moraal en ethiek. Daarbij stelt hij voorop dat hij de morele waarheid geenszins in pacht beweert te hebben, maar slechts zijn persoonlijke morele visie geeft. Zijn benadering van kloneren en genetica sluit aan bij zijn algemeen politiek-filosofische uitgangspunt van “ethical individualism”. Het zal niet verbazen dat hij aan de hand van dit ethisch individualisme tot een aanzienlijk minder sceptische positie ten aanzien van genetische manipulatie komt dan iemand als Jonas. Sterker nog, hij beargumenteert in het postscriptum dat het ethisch individualisme zelfs een morele plicht impliceert om de menselijke soort te proberen te verbeteren.<sup>1535</sup>

Desondanks is Dworkin's pleidooi niet zozeer gericht tegen een heuristiek van de angst als zodanig, als wel tegen een heuristiek van de blinde en ondoordachte angst. Hij zet zich af tegen verlammende gevoelens van vrees die iedere beslissvaardigheid of nadere reflectie bij voorbaat uitsluiten, maar erkent tegelijkertijd dat we met vuur aan het spelen zijn. Op die manier wijst hij in zijn betoog wel degelijk op de mogelijk verstrekkende gevolgen van de medische biotechnologie voor de fundamentele van onze morele ervaring.

Inderdaad mogen, zoals Dworkin schrijft, gevoelens van fundamentele huiver geen reden zijn om af te zien van verdere gedachtevorming of argumentatie, en dient men te waken voor puur op ongereflecteerde angst gebaseerde beperkingen aan het gebruik van medische biotechnologie. De regelgeving op biomedisch terrein bestaat in hoofdzaak uit voorwaarden aan en inperkingen van handelingen met het menselijk lichaam en het menselijk embryo. Deze bepalingen raken aan intieme aspecten van het menselijk leven, en resulteren in sommige gevallen in vergaande beperkingen van de beschikking over het eigen lichaam en de eigen voortplanting. Bovendien neemt het belang van medische biotechnologie in de strijd tegen ziekte en dood alleen maar toe. Gezien enerzijds het potentieel invasieve en vrijheidsbeperkende karakter van biomedische regelgeving, en ander-

<sup>1534</sup> Dworkin 2000, p. 446.

<sup>1535</sup> “[...] ethical individualism offers guidance. There is nothing in itself wrong with the detached ambition to make the lives of future generations of human beings longer and more full of talent and hence achievement. On the contrary, if playing God means struggling to improve our species, bringing into our conscious designs a resolution to improve what God deliberately or nature blindly has evolved over eons, then the first principle of ethical individualism commands that struggle, and its second principle forbids, in the absence of positive evidence of danger, hobbling the scientists and doctors who volunteer to lead it” (Dworkin 2000, p. 452).



zijds de beloften die deze technologie in zich draagt, is een kritische en goed onderbouwde benadering op haar plaats. Inperkingen van subjectieve vrijheden of lichamelijke zelfbeschikking kunnen slechts op grond van zwaarwegende, fundamentele belangen worden gerechtvaardigd. Dat betekent dat biomedische regelgeving vraagt om een zorgvuldige afweging en heldere articulatie van de belangen die in het geding zijn. Ook al roept een aantal van de mogelijke toepassingen van de medische biotechnologie hevige en emotionele reacties op, deze intuïtieve reacties, hoe krachtig ze ook zijn, kunnen niet volstaan ter legitimatie van absolute of tijdelijke verbodsbepalingen op het gebruik en de ontwikkeling van deze technologie, hoezeer deze intuïties en emoties ook voor zich lijken te spreken.

Een dergelijke, op intuïties en emoties gebaseerde aanpak lijkt desondanks door een aantal bioconservatieve denkers te worden gepropageerd via het beroep dat zij doen op een ieders intuïtie over het tegennatuurlijke karakter van veel biomedische technieken. Dat aan het bioconservatieve gedachtegoed op die manier een biologistische cirkelredenering ten grondslag ligt, is reeds in hoofdstuk 7 betoogd. Vooral verwijzingen naar de zogeheten “wisdom of repugnance”, de wijsheid van weerzin,<sup>1536</sup> beschouwen veel auteurs als een teken van een gebrek aan goede argumenten. De term is gemunt door Leon Kass, voorzitter van de Amerikaanse *President's Council on Bioethics* tussen 2001 en 2005, in zijn gelijknamige artikel uit 1997 over de gevaren van het kloneren van mensen. Hoewel Kass wel degelijk relevante argumenten aandraagt tegen het klonen van mensen, suggereert hij in het volgende citaat dat dat strikt genomen niet noodzakelijk is:

“Revulsion is not an argument; and some of yesterday's repugnances are today calmly accepted – though, one must add, not always for the better. In crucial cases, however, repugnance is the emotional expression of deep wisdom, beyond reason's power fully to articulate it. [...] The repugnance at human cloning belongs in this category. We are repelled by the prospect of cloning human beings not because of the strangeness or novelty of the undertaking, but because we intuit and feel, immediately and without argument, the violation of things that we rightfully hold dear. Repugnance, here as elsewhere, revolts against the excesses of human willfulness, warning us not to transgress what is unspeakably profound.”<sup>1537</sup>

De diepe weerzin die wordt opgeroepen door de gedachte aan het kloneren van mensen, biedt volgens Kass reeds voldoende legitimatie voor een wettelijk kloonverbod. Ofschoon hij ruiterlijk toegeeft dat weerzin op zichzelf bezien geen argument vormt, kan er zijns inziens een diepe wijsheid in deze emotie schuilen.

<sup>1536</sup> Voor een interessante nederlandstalige beschouwing over de betekenis van deze wijsheid van de weerzin voor het recht, zie P. Ippel, “De wet als paukenslag” in: B. van Klink en W. Witteveen (red.), *De overtuigende wetgever*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 123-135.

<sup>1537</sup> L.R. Kass, “The wisdom of repugnance”, *New Republic* vol. 216, nr. 22, 2 juni 1997.

Kass' uitspraken zijn hem op veel kritiek komen te staan. Zo schaart Nussbaum Kass op basis van zijn uitspraken in hetzelfde kamp als Devlin. Zij is van mening dat zijn ethiek van de weerzin in het beste geval nietszeggend is en in het slechtste geval immoreel. Zelfs acht zij marginalisatie van kwetsbare groeperingen niet uitgesloten wanneer weerzin als juridisch criterium wordt gebruikt:

“What about [...] former targets of widespread repugnance, such as Jews, or mixed-race couples, or the novels of James Joyce and D.H. Lawrence? Will Kass say that these earlier instances of disgust contained wisdom? What about the disgust many people feel even now when they see the mentally handicapped in public settings, or when they see people who are physically deformed or obese? Kass now faces a dilemma. Either he will say that in all these cases disgust gave and gives good guidance, in which case he will strike most readers as making a preposterous and morally heinous assertion; or he will say that in some of them disgust actually gave bad guidance, in which case he will have acknowledged that he needs a criterion to distinguish good from bad cases of disgust.”<sup>1538</sup>

Dezelfde bezwaren tegen Kass' 'wisdom of repugnance' zijn eerder gemaakt door de Britse bioethicus John Harris. Harris voegt daaraan toe dat Kass' ethiek suggereert dat men met een soort morele neus zou kunnen ruiken wanneer iets moreel verwerpelijk is of niet. Echter, zo stelt Harris, “how can we know that revulsion, however sincerely or vividly felt, is occasioned by the violation of things we rightfully hold dear unless we have a theory, or at least an argument, about which of the things we happen to hold dear we *rightfully* hold dear?”<sup>1539</sup>

Kortom, auteurs als Nussbaum, Dworkin en Harris vrezen voor conservatief misbruik wanneer louter weerzin, onberedeneerde angst of andere basale emoties worden gehanteerd als basis voor een juridisch denkkader. En inderdaad, zwaarwegende belangen als lichamelijke zelfbeschikking of de verdere ontwikkeling van veelbelovende technologie mogen slechts op grond van minstens even zwaarwegende belangen en argumenten worden ingeperkt. Dat roept de vraag op waarom het juridische reguleringskader rondom de medische biotechnologie dan toch vooral door voorwaarden, beperkingen en verboden wordt gekenmerkt.

Hoofddoel van dit hoofdstuk is om tot een articulatie te komen van de belangen en waarden die ten grondslag liggen aan de juridische beperkingen die aan het gebruik en de ontwikkeling van medische biotechnologie worden gesteld. Waarom heeft de wetgever aarzelingen bij een ongebreidelde ontwikkeling van biomedische technologie? De beperkingen die in het huidige recht aan lichamelijke zelfbeschikking worden gesteld, kunnen niet volledig worden verklaard op

1538 M.C. Nussbaum, *Hiding from humanity. Disgust, shame, and the law*, Princeton: Princeton University Press 2004, p. 81-82.

1539 J. Harris, “Clones, genes and human rights”, in: J. Burley (red.), *The genetic revolution and human rights. The Oxford Amnesty Lectures 1998*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 82-83.

grond van overwegingen als zelfbeschikking, subjectieve rechten of bescherming van de volksgezondheid, die in de huidige liberale rechtsorde de dominante referentiepunten vormen.

Daarmee wordt de radicale nieuwheid en complexiteit van de juridische en morele vraagstukken rondom medische biotechnologie opnieuw onderstreept. Vooral in de rechtsdogmatiek lijkt een passend vocabulaire te ontbreken om de ratio van de wettelijke beperkingen onder woorden te brengen. De biomedische regelgeving kan in het bestaande gezondheidsrechtelijke denkkader, dat uitgaat van zelfbeschikking als centrale waarde, nauwelijks worden ingepast of van een juiste interpretatie worden voorzien. Het bestaande juridische begrippenapparaat schiet op dit punt tekort, zoals het klassieke onderscheid tussen persoon en zaak niet volstaat om het menselijk lichaam juridisch te duiden. Wat dat betreft is ook Dworkins ethisch individualisme te eenzijdig om een denkkader te bieden dat aansluit bij de bestaande regelgeving. Uitgedrukt in termen van zijn eigen rechtsvindingstheorie, biedt zijn individualistische ethiek op biomedisch terrein geen denkkader dat past bij het bestaande recht (*dimension of fit*) of daar de best mogelijke rechtvaardiging van geeft (*dimension of justification*).

De dominantie van het zelfbeschikkingsideaal en het ethisch individualisme kan verklaren waarom inperkingen van zelfbeschikking al snel worden afgedaan als onbeargumenteerd, zonder fundament of als deel van een ‘irrationeel restant’ van het recht, ook al zijn deze beperkingen wettelijk verankerd. In dit hoofdstuk wordt deze blinde vlek van de rechtsdogmatiek verkend, en wordt gepoogd de onderliggende belangen in zicht te brengen. Op die manier kan worden voorkomen dat een blinde angst de gedachtevorming regeert, en kan de heuristiek van de vrees vruchtbaar worden gemaakt door articulatie van en reflectie over de grondslagen van het biorecht. Alleen al uit het feit dat de biomedische regelgeving zich nog altijd uitbreidt en verder ontwikkelt, en men daarbij ook nieuwe voorwaarden en beperkingen aan de biomedische ontwikkelingen stelt, blijkt dat het onterecht zou zijn om hier te spreken van een “irrationeel restant” of obscuur deel van het recht. Beter kan gesproken worden in termen van een juridisch en moreel restant van de problematiek, dat in de rechtsdogmatiek en ethiek tot op heden grotendeels is veronachtzaamd. Zoals Ippel schrijft:

“Voor sommige collectieve, mogelijk diep-ingrijpende ontwikkelingen binnen de biomedische praktijk schiet de heersende benadering tekort. De neutrale en gezuiverde bio-ethische en gezondheidsrechtelijke benadering heeft onderweg iets essentieels en fundamenteels uit het oog verloren.”<sup>1540</sup>

Betoogd zal worden dat het vooral de menselijkheid van de mens is, en daarmee de grondvoorwaarden voor menselijke vrijheid, die de nationale en internationale rechtsorde met de juridische beperkingen aan lichamelijke zelfbeschikking

---

1540 Ippel 2000, p. 125.

beoogt te beschermen, en die in het gezondheidsrecht en de bio-ethiek uit het oog is verloren.

Een van de vernieuwende aspecten van de regulering van medische biotechnologie is dat veel verbodsbepalingen op dit terrein op een collectief mensbeeld teruggaan. Volgens Habermas kunnen we niet langer om een *Gattungsethik* heen, ofwel, een ethiek van de menselijke soort. Met zijn *Gattungsethik* verlaat Habermas expliciet een proceduralistisch kader waarin postmetafysische regels die het samenleven mogelijk moeten maken voorop staan, om een context te betreden waarin een bepaalde substantiële visie op de mensheid centraal staat, een *ethisches Selbstverständnis der Gattung*. Zo is in de vorige hoofdstukken meermalen gebleken dat men door uitsluitend te denken in termen van individuele rechten en verdelende rechtvaardigheid, niet in staat is de juridische status van het embryo, de eerbiedwaardigheid van het gestorven lichaam, of het verbod op kruisingen tussen mensen en dieren te verklaren. Nu het niet minder is dan de structuur van onze morele ervaring en de toekomst van de menselijke natuur die op het spel staan, stuiten we op de grenzen van postmetafysische vormen van publieke deliberatie, zo stelt Habermas:

“Die postmetafysische Enthaltbarkeit stößt jedoch interessanterweise an ihre Grenze, sobald es um Fragen einer ‘Gattungsethik’ geht. Sobald das ethische Selbstverständnis sprach- und handlungsfähiger Subjekte *im Ganzen* auf dem Spiel steht, kann sich die Philosophie inhaltlichen Stellungnahmen nicht mehr entziehen. In dieser Situation befinden wir uns heute.”<sup>1541</sup>

In het verlengde van deze uitspraak kan men stellen dat niet alleen in de politieke filosofie, zoals Habermas schrijft, een inhoudelijke stellingname onvermijdelijk is geworden, maar ook in het recht een inhoudelijk, substantieel mensbeeld bij de regulering van de medische biotechnologie onmisbaar blijkt te zijn.

Wat de grondslagen van het recht betreft betekenen bovenstaande gedachten van Jonas, Habermas en Dworkin<sup>1542</sup> dan ook vooral dat het meer dan ooit noodzakelijk is geworden om nader te duiden wat het betekent mens te zijn in het recht. Getuige de leidende beginselen van recente wetgeving en verdragen op het terrein van de bio-ethiek, waarop in de komende paragrafen wordt ingegaan,

<sup>1541</sup> Habermas 2005, p. 27.

<sup>1542</sup> Hoewel Dworkin op dit terrein een liberaal beleid en ethisch individualisme voorstaat, geeft ook hij aan dat men bij reflectie over deze problematiek niet om een bepaald mensbeeld en intrinsieke waarden heen kan: “Even deeper divisions emerge around the detached values provoked by the possibility of cloning and other dramatic genetic engineering. These issues are detached because they mainly concern not the interests of particular people but rather which kind of people, produced in which way, there are to be” (Dworkin 2000, p. 452). Met *detached values* duidt hij op intrinsieke waarden. Ofwel, het zijn waarden “that do not derive from the interests of particular people, but are rather intrinsic to objects or events in some other way” (Dworkin 2000, p. 428).

is deze poging tot articulatie van “le principe de l’humanité”<sup>543</sup> reeds in volle gang. Daartoe wordt met name een beroep gedaan op het symbolische mensbeeld dat uit de mensenrechten naar voren komt. Tegen die achtergrond kan de heropleving van het beginsel van de menselijke waardigheid in juridische context worden begrepen. Sluitstuk van een dergelijke symbolisch-juridische benadering wordt door het subject van de menselijke waardigheid gevormd: de persoon in symbolisch-juridische zin. Nu de menselijke waardigheid een leidend beginsel blijkt te zijn in de regelgeving op biomedisch terrein, begint men zich van deze symbolische dimensie van het recht bewust te worden.

In dit hoofdstuk wordt de symbolische dimensie die werkzaam is in de regulering van biomedische technieken geanalyseerd. Vanuit een dergelijke invalshoek ligt de nadruk op de sociaal-culturele betekenis die aan de persoon, het lichaam, het lijk en het embryo toekomt. Daarbij gaat het niet zozeer om wat een mens, een embryo of een stoffelijk overschot daadwerkelijk zouden zijn in ontologische of empirische zin, maar hoe zij in onze cultuur en samenleving worden *voorgesteld*. Deze representaties van persoon en lichaam werken in het recht door. De vraag luidt dan: welke *symbolische betekenis* wordt aan deze begrippen in het recht gegeven?

In de komende paragraaf wordt nagegaan van welke invloed symbolische waarden zijn bij de regulering van het lichamelijk domein. De biologische aspecten van het bestaan, zoals de dood, de geboorte en seksualiteit, zijn in iedere cultuur en sinds de vroegste tijden met rituelen en sacrale geboden en verboden omgeven. Ook binnen de bestaande juridische representaties van het lichaam zien we deze sacrale elementen terug, of het nu via de kwalificatie van het lichaam als *res extra commercium* is, of in de vorm van beperkingen aan lichamelijke zelfbeschikking. Via juridische overwegingen als “de piëteit voor de mens” wordt de juridische ‘sacralisering’ van het menselijk lichaam zichtbaar. Een beschouwing over de achterliggende waarden van het geldende biorecht, zoals de Embryowet, het Biogeneeskunde-verdrag en de Wet op de lijkbezorging, kan dat illustreren (8.2).

Ook het juridisch persoonsbegrip kent een symbolische dimensie, die met name zichtbaar wordt in de mensenrechten. Het mensbeeld van de mensenrechten berust niet op de waarneembare feiten, maar is een symbolische voorstelling van de mens die het stempel van de westerse cultuur draagt. Anders gezegd, het persoonsbegrip van de mensenrechten kan worden opgevat als een symbolische of antropologische montage (8.3).

Deze montage staat evenwel onder druk. De desymbolisering van het recht en het juridisch persoonsbegrip kent twee oorzaken: ten eerste de subjectivering van het recht, ofwel de toenemende invloed van het individu bij de interpretatie van het recht; ten tweede de biologisering en medicalisering van het recht, als gevolg

<sup>543</sup> Zie J.-C. Guillebaud, *Le principe d’humanité*, Parijs: Seuil 2001.

van de beschikbaarheid van nieuwe kennis over de genetische en biologische eigenschappen van de mens (8.4).

Desondanks wordt sinds de opkomst van de medische biotechnologie een toenemend beroep in het recht gedaan op het symbolisch-juridisch persoonsbegrip. Zodra het recht wordt ingezet als een wapen tegen de dreigende biomedische reïficatie van de mens, is een inhoudelijk mensbeeld onmisbaar. Dat inhoudelijke mensbeeld wordt door het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid en het symbolisch-juridisch persoonsbegrip geboden. De vraag is echter waar de basis van dit begrip in is gelegen. Via een excursie in de filosofische antropologie wordt de menselijke waardigheid in verband gebracht met de karakterisering van de mens als een *animal symbolicum*. Het menselijk bestaan is getekend door ambivalentie: de mens is lichaam en geest, uniek en gelijk aan anderen, individu en deel van de gemeenschap, vrij en gedetermineerd etc. Door middel van het mensbeeld van de menselijke waardigheid tracht men beide zijden van het menselijk bestaan in een betekenisvol verband met elkaar te brengen. Zo worden de biologische aspecten van het bestaan ingebed in een orde van symbolische betekenissen, geboden, verboden en representaties. Het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid kan daarom worden begrepen als een principe dat een symbolische duiding tracht te geven aan de verhouding van onze persoonlijkheid tot ons lichaam. Op deze manier komen bovendien het technisch-juridisch persoonsbegrip en het biologische mensbeeld bijeen in het symbolisch-juridisch persoonsbegrip (8.5).

Deze ambivalentie van het menselijk bestaan wordt op twee verschillende manieren in het recht vorm gegeven. Een eerste benadering kiest als uitgangspunt de fundamentele onbepaalbaarheid van de mens. Aangezien de mens noch volledig tot een geestelijk wezen kan worden teruggebracht, noch tot een lichamelijk wezen, is het volgens denkers als Glastra van Loon onmogelijk en zelfs onwenselijk om te trachten de essentie van de mens te benoemen. Om die reden dient de mens als een ruimte in het recht te worden opgevat. Dat betekent onder meer dat men op grond van de gelijke onbepaalbaarheid van de mens, ook in het recht van de gelijkwaardigheid van een ieder heeft uit te gaan. Dit open mensbeeld kan beschermen tegen de ontkenning van deze wezenlijke gelijkheid, evenals tegen overmatige overheidsbemoeienis. Het is echter te betwijfelen of een dergelijk mensbeeld veel kan uithalen tegen de dreiging van een biomedische verbroekeling van het menselijke (8.6).

In de tweede benadering daarentegen wordt benadrukt dat het recht van belang is bij de symbolisering en daarmee humanisering van de menselijke leefwereld. Het recht is vanuit dat perspectief dan ook van cruciale betekenis bij de symbolische bemiddeling van nieuwe technieken en hybriden. Via de menselijke waardigheid tracht de jurist een seculier antwoord op deze fundamentele vragen te formuleren. De taak die het recht in dit geheel vervult, wordt in Franse juridische kringen ook wel de antropologische of symbolische functie van het recht genoemd. Dat wil zeggen dat er voor het recht een rol is weggelegd in het

humaniseringsproces van de mens. Op drie aspecten van deze antropologische functie wordt nader ingegaan: de taak van het recht bij de humanisering van de techniek, bij de inbedding van nieuw leven in de rechtsorde en bij de symbolische begeleiding van nieuwe biomedische hybriden in de samenleving (8.7).

Tegelijkertijd bestaat het gevaar dat het beroep op de antropologische functie van het recht omslaat in een legitimatie van moreel conservatisme. De neiging is groot de menselijke waardigheid als een afspiegeling van een voorgegeven, natuurrechtelijke orde te zien, als een vaststaande en absolute waarheid, waar het individu zich naar heeft te plooien. Daarmee verliest men uit het oog dat de menselijke waardigheid een constructie is. Een daaraan verwant probleem is de vraag wie bepaalt hoe de menselijke waardigheid in concrete gevallen moet worden uitgelegd. In het spanningsveld tussen symbolisering en desymbolisering van het recht doemt de vraag op aan wie het is om de inhoud van de juridische representaties van het lichaam te bepalen. Men kan zich zelfs afvragen of er überhaupt een taak is weggelegd voor de overheid, en daarmee voor het recht, bij de instandhouding of creatie van symbolische normen. Kan het recht treden in de relatie die wij tot ons eigen lichaam onderhouden? (8.8).

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een reflectie over de taak van het recht bij de regulering van de medische biotechnologie. Wegens het gevaar van verstening van het mensbeeld bij de uitwerking en interpretatie van het symbolisch mensbeeld, biedt de benadering van de mens als ruimte in het recht een onmisbaar correctiemechanisme op de gedachtevorming over de antropologische functie van het recht (8.9).

## 8.2 De symbolische dimensie van het bierecht

### 8.2.1 Het tekort van het lichamelijk zelfbeschikkingsrecht

Hoewel de gedachte van *selfownership* nog altijd tot de verbeelding spreekt, en de filosofische discussies over *lichaam zijn* en *lichaam hebben* voortduren, lijdt het juridisch gezien geen twijfel dat de mens zijn lichaam niet in eigendom heeft.<sup>1544</sup> De relatie van het rechtssubject tot zijn lichaam kan niet worden gelijkgesteld aan de relatie van de eigenaar tot zijn eigendom. Daarvoor is het lichaam, als fysiek substraat van de persoon, te zeer verweven met het subject, en daarvoor is de lichamelijke dimensie van het leven te gelaagd. De volgende woorden van Petit uit 1950 hebben nog niets aan kracht ingeboet, en zijn ook nu nog representatief voor de heersende leer: "Constituërend deel van de persoon, is het [lichaam] niet als zaak aan de heerschappij van die persoon onderworpen; het lichaam is niet mijn zaak, dat ben ik zelf."<sup>1545</sup> Om die reden wordt er in het recht eerder in termen

<sup>1544</sup> Zie hierover 2.4.2.

<sup>1545</sup> Ch. Petit, "Lichaam en lijk als voorwerpen van rechtsbetrekking", *RM Themis* 1950, p. 431.

van *zeggenschap* dan eigendom over het lichaam gesproken,<sup>1546</sup> en is er in het geval van toegebrachte letselschade geen sprake van vermogensschade (artikel 6:96 BW) en zaaksbeschadiging (artikel 350 Sr), maar van een aantasting in de persoon (artikel 6:106 lid 1 sub b BW) en mishandeling (artikel 300 Sr).

Ook Leenen fundeert het door hem geponeerde lichamelijke zelfbeschikkingsrecht niet op de gedachte dat een ieder zijn lichaam in eigendom heeft. Hoewel hij spreekt van een recht op eigen lichaam,<sup>1547</sup> staat voor hem evenzeer de eenheid van juridische persoon en lichaam voorop:

“Wat moet men zich bij een rechtssubject zonder lichaam voorstellen? Zonder lichaam bestaat er in het recht geen persoon. De geestelijk-stoffelijke eenheid die de mens is, wordt als zodanig beschermd, onder andere via individuele grondrechten. De persoon als totaliteit is rechtssubject en heeft persoonlijkheidsrechten. De conceptie eigendom is niet geëigend om de levende menselijke persoon in zijn stoffelijkheid te definiëren.”<sup>1548</sup>

Uit deze treffende woorden blijkt dat voor Leenen het rechtssubject per definitie belichaamd is. Toch is het moeilijk te begrijpen hoe zijn beweringen over de eenheid van geest en lichaam zijn in te passen in de overkoepelende zelfbeschikkings-these van zijn *Handboek gezondheidsrecht*. Als men een recht heeft om vrijelijk te beschikken over zijn lichaam, heeft men dan ook het recht zijn lichaam of delen van het lichaam te verhandelen, af te staan of dusdanig te objectiveren dat op die manier “de geestelijk stoffelijke eenheid die de mens is” wordt verbroken? Zo nee, waarop kan een dergelijk beperking op het zelfbeschikkingsrecht dan worden gegrond? En waar liggen precies de grenzen? Juist in de context van de medische biotechnologie wordt het mogelijk het lichaam in vergaande mate op te delen, te wijzigen, te vervreemden, en te gebruiken. In de woorden van Dickenson: “Dat lichaam en persoon één zijn wordt veel moeilijker staande te houden als lichaamsweefsels niet langer fysiek met de persoon zijn verbonden, of als het lichaam een conglomeraat is van eigen weefsel en weefsel van buitenaf.”<sup>1549</sup> Een letterlijke en absolute interpretatie van het lichamelijke zelfbeschikkingsrecht kan in dergelijke gevallen leiden tot een rechtvaardiging van vergaande splitsingen tussen lichaam

1546 Petit 1950, p. 433; J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden), Leiden: Kluwer 2003, p. 225. Eveneens kan worden gewezen op de naam van een wet in wording die handelingen met lichaamsmateriaal beoogt te reguleren: de *Wet zeggenschap lichaamsmateriaal*. Op het moment van schrijven is deze wet sinds geruime tijd in voorbereiding.

1547 H.J.J. Leenen en J.K.M. Gevers, *Handboek gezondheidsrecht. Deel 1 Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2000, p. 46.

1548 Leenen 2000, p. 48.

1549 D. Dickenson, *Lichaam en eigendom*, Amsterdam: Boom/Stichting Internationale Spinozaprijs 2006, p. 55.



en persoon. De cartesische inslag, die volgens verschillende auteurs eigen is aan het zelfbeschikkingsrecht,<sup>1550</sup> komt daarmee tot volle ontplooiing.

Leenen geeft echter op meerdere plaatsen in zijn betoog aan dat het zelfbeschikkingsrecht niet absoluut is. Mogelijke beperkingen van het zelfbeschikkingsrecht vloeien zijns inziens voort uit de bescherming van de belangen van anderen of de staat.<sup>1551</sup> Maar daarmee blijft een aantal bestaande beperkingen op het zelfbeschikkingsrecht onverklaard. Waarom wordt bijvoorbeeld de verkoop van lichaamsdelen en –stoffen in het recht “als ongepast aangemerkt”, zoals Leenen zelf schrijft?<sup>1552</sup> Hij stelt dat de mens vroeger “door zedelijkheidswetgeving in zijn zelfbeschikking [werd] beperkt”, en dat “dit [...] thans niet meer geaccepteerd” wordt. Maar als het niet op basis van zedelijkheidsoverwegingen is, hoe kan deze beperking op de lichamelijke zelfbeschikking dan wel worden begrepen? In de volgende passage komt Leenen nog het dichtst bij een verklaring:

“Omdat het lichaam verbonden is met de menselijke persoon, is het niet gelijk aan andere zaken. Het menselijk lichaam heeft in het recht dan ook een bijzondere positie. Overwegingen van piëteit en het feit dat het lichaam de menselijke persoon mede constitueert of geconstitueerd heeft, houden beperkingen in aan het beschikken over het lichaam. Het zal bijvoorbeeld in strijd met de piëteit voor de mens worden geacht het lichaam aan een dierentuin te schenken als voedsel voor de dieren.”<sup>1553</sup>

Op dezelfde manier zou het in strijd zijn met de “piëteit voor de mens” wanneer we menselijke lijken als vuilnis of voedsel zouden behandelen, zoals in de film *Soylent Green* gebeurt. In deze science-fiction klassieker heeft de wereld in 2022 te kampen met enorme problemen van overbevolking en hongersnood. De problemen zijn zo grootschalig, dat zelfs het menselijk leven en lichaam niet langer heilig zijn. Zo laat de film zien hoe de lijken van de slachtoffers van de hongersnood als afval aan vuilniswagens worden meegegeven.<sup>1554</sup> Bij de ontknoping van de film blijkt het lot van deze menselijke lijken bovendien nog veel gruwelijker dan dat te zijn.

1550 Zie onder meer M.M. Marzano-Parisoli, *Penser le corps*, Parijs: PUF 2004, p. 119 ; en S. Hennette-Vaucheze, *Disposer de soi? Une analyse du discours sur les droits de la personne sur son corps* (diss. Paris I), Parijs: L'Harmattan 2004, p. 72.

1551 Om precies te zijn noemt Leenen als mogelijke gronden voor beperking van zelfbeschikking: de zelfbeschikkingsruimte van anderen, schade bij anderen, het algemeen belang en ongerechtvaardigde ongelijkheid tussen mensen (Leenen 2000, p. 36-37).

1552 Leenen 2000, p. 55.

1553 Leenen 2000, p. 47.

1554 *Soylent Green* van Richard Fleischer (1973), zie <[www.imdb.com/title/tt0070723](http://www.imdb.com/title/tt0070723)>. Zie voor hetzelfde beeld ook *It's All About Love* van Thomas Vinterberg (2003), <[www.imdb.com/title/tt0273689](http://www.imdb.com/title/tt0273689)>.

De vraag is hoe deze “piëteit” in het recht gestalte krijgt, hoe zij zich tot het zelfbeschikkingsrecht verhoudt, en wat haar precieze betekenis is. Hoe geeft het recht blijk van de verbondenheid van het lichaam met de menselijke persoon, en wat is de functie van de menselijke waardigheid daarbij? Leenen blijft ons het antwoord op deze vragen schuldig. Door zijn nadruk op het zelfbeschikkingsrecht als paradigma van het gezondheidsrecht, en doordat zijn handboek toch vooral een behandeling van het positieve recht omvat, ontbreekt het aan een meer algemene en theoretische beschouwing over de beperkingen van het zelfbeschikkingsrecht.

Deze leemte is tekenend voor de Nederlandse gedachtevorming over gezondheidsrechtelijke en bioethische vraagstukken. In het overzichtswerk *Basis ethical principles in european bioethics and biolaw* wordt de Nederlandse bioethische benadering gekarakteriseerd als een pragmatische traditie waarin het beginsel van zelfbeschikking of autonomie domineert. Het Nederlandse biorecht toont daarmee verwantschap met de angelsaksische benadering. De schrijvers van het boek contrasteren deze pragmatische traditie met het Duitse en Franse biojuridische systeem, dat wordt gekenmerkt door een sterke nadruk op algemene juridische beginselen. Die beginselen beperken zich niet tot zelfbeschikking: “This approach situates biolaw in a larger and more comprehensive framework, utilising concepts of respect for the human species, the human body and our cultural heritage in order to argue for the legal framework of the basic ethical principles.”<sup>1555</sup> Met name de menselijke waardigheid speelt volgens deze studie in vergelijking met de Frans-Duitse benadering een vrij minieme rol in het Nederlandse biorecht: “It is a hidden presupposition in the discussions of autonomy and vulnerability that respect for human dignity has not been present in the Dutch debate as a singular concept.”<sup>1556</sup>

Of men het zelfbeschikkingsrecht nu letterlijk als een recht op vrije beschikking van het lichaam uitlegt of niet, feit is dat een groot deel van het biomedische recht niet in het kader van de zelfbeschikkingsgedachte kan worden ingepast. Op basis van het lichamelijke zelfbeschikkingsrecht kan niet worden verklaard waarom het lijk en embryo niet gelijk zijn te stellen aan een willekeurige zaak in privaatrechtelijke zin, waarom lichaamsmateriaal niet mag worden verkocht, en waarom bijvoorbeeld genetische manipulatie van geslachtscellen,<sup>1557</sup> reproductief kloneren<sup>1558</sup> en de creatie van meercellige hybriden van mens en dier<sup>1559</sup> verboden zijn. Het voornaamste probleem is dat vanuit de zelfbeschikkingsthese gereede- neerd de bijzondere verbondenheid tussen het rechtssubject en zijn lichaam, zoals zij blijkt uit de bestaande regelgeving, niet kan worden geduid of verklaard. In

1555 J. Rendtorff en P. Kemp, *Basic ethical principles in european bioethics and biolaw*. Vol. 1. *Autonomy, dignity, integrity and vulnerability*, Barcelona 2000, p. 260.

1556 Rendtorff en Kemp 2000, p. 210-211.

1557 Art. 24 sub g Embryowet.

1558 Art. 24 sub f Embryowet.

1559 Art. 25 sub a Embryowet.

een tijdperk waarin persoon en lichaam in toenemende mate van elkaar kunnen worden gescheiden, en het lichaam in toenemende mate door de persoon kan worden gevormd en vervormd, blijft het recht tot op zekere hoogte vasthouden aan de eenheid van lichaam en persoon. Met name via het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid tracht men in het nationale en internationale recht juridische uitdrukking te geven aan de meerwaarde van het menselijk lichaam boven andere rechtsoBJECTEN, en aan de bijzondere band tussen individu en lichaam.

In tegenstelling tot het zelfbeschikkingsrecht dat in het Nederlandse gezondheidsrecht en de Nederlandse gezondheidsethiek uitvoerig de aandacht krijgt, wordt er op de betekenis van dit beginsel – de menselijke waardigheid – amper ingegaan. Hoe belangrijk het beginsel van zelfbeschikking ook voor het gezondheidsrecht is geweest en zal zijn, een eenzijdige nadruk op dit principe werkt vertekenend ten aanzien van de rechtspraktijk rondom de medische biotechnologie. Reflectie over de betekenis van menselijke waardigheid is daarom ook binnen juridische kring onmisbaar geworden.

De beschermwaardigheid van het lichaam en het embryo die uit het objectieve recht spreekt, ofwel de beschermwaardigheid die niet is af te leiden uit de subjectieve rechten van het individu, blijkt op verschillende manieren in de rechtspraktijk. Hieronder zal ik op een aantal voorbeelden nader ingaan: het verbod op handel in lichaamsmateriaal, de juridische status van het gestorven lichaam, en het verbod op vormen van kunstmatige voortplanting als kloneren en het kruisen van mensen en dieren.

### 8.2.2 De onttrekking van het lichamelijk domein aan het handelsverkeer

Een eerste duidelijke inperking van het zelfbeschikkingsrecht is gelegen in het juridische verbod op de commerciële exploitatie van lichaamsmateriaal en embryonaal materiaal. In het Handvest van de Grondrechten van de EU, evenals in het Biogeneeskundeverdrag,<sup>1560</sup> wordt gesteld dat het verboden is “het menselijk lichaam en bestanddelen daarvan als zodanig als bron van financieel voordeel aan te wenden.”<sup>1561</sup> Zoals in hoofdstuk 2 en 4 is beschreven, kunnen in het Nederlandse recht organen, bloed, foetaal weefsel, embryo’s en geslachtscellen, binnen de beperkingen van de wet, slechts *om niet* worden overgedragen.<sup>1562</sup> Om die reden wordt het juridisch regime van lichaams- en embryonaal materiaal veelal vergeleken met de romeinsrechtelijke constructie van het *res extra commercium*. Daarmee is echter niet de achterliggende gedachte voor toepassing van

1560 “The human body and its parts shall not, as such, give rise to financial gain” (art. 21 VRMB).

1561 Zie art. 3 lid 2 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

1562 Zie onder meer art. 2 en 7 Wet op de orgaandonatie; art. 2 lid 1 en art. 4 lid 2 Wet inzake bloedvoorziening; art. 5 lid 2 en art. 8 lid 2 io. art. 27 Embryowet; en art. 9 Wet foetaal weefsel. Op het moment van schrijven is de *Wet zeggenschap lichaamsmateriaal* nog in voorbereiding, zodat het verbod op commerciële exploitatie van overig lichaamsmateriaal nog niet wettelijk is vastgelegd.

deze juridische constructie op het lichaam blootgelegd. Waarom dient het afstaan van lichaamsmateriaal een daad van altruïsme te blijven?

Een veel gebruikt argument op grond waarvan het lichaam buiten het handelsverkeer zou moeten worden geplaatst is de bescherming van de gezondheid van levende donoren. Door de financiële prikkel aan de overdracht te ontnemen, wordt de donor bij voorbaat tegen zichzelf beschermd, en kan mogelijk onverantwoord gedrag worden voorkomen. Gevers wijst er bovendien op dat door onttrekking aan het handelsverkeer de veiligheid en kwaliteit van de nodige medische handelingen beter kunnen worden gewaarborgd.<sup>1563</sup> Op die manier tracht de wetgever de uitwassen van bijvoorbeeld orgaanhandel te voorkomen. Toch is er ook een systeem denkbaar waarin de veiligheid van de ingreep en gezondheid van de donor samengaan met een financiële beloning voor de donor. Het één sluit het ander niet uit. Zo zijn vormen van orgaandonatie bij leven die de gezondheid van de donor in gevaar brengen in de huidige regeling sowieso onmogelijk, ongeacht het feit of er betaling voor de organen heeft plaatsgevonden.

De kern van de bezwaren tegen commerciële uitwinning van het lichaam moet daarom ergens anders in zijn gelegen. Dat bezwaar wordt als volgt in de MvT bij de Embryowet geformuleerd ten aanzien van het afstaan van embryonaal materiaal:

“Geslachtscellen en embryo's behoren niet op geld waardeerbaar te zijn. Het is niet alleen in strijd met de menselijke waardigheid, maar bedreigt in het bijzonder ook de beschermwaardigheid van het embryo ten aanzien waarvan dan immers het risico toeneemt dat die wordt aangetast.”<sup>1564</sup>

Vanuit een dergelijk perspectief is de commercialisering van lichaamsmateriaal niet zozeer bezwaarlijk wegens de mogelijke schadelijke gevolgen, maar is het *op zichzelf* verkeerd om menselijk materiaal gelijk te trekken met handelswaar. Ook al heeft dergelijk materiaal feitelijk gebruikswaarde, toch behandelen we het met een bepaald respect, zoals we bijvoorbeeld aan het gestorven lichaam respect betuigen. In de MvT bij de *Wet foetaal weefsel* wordt dat als volgt verwoord:

“Gebruik [van foetaal weefsel] buiten de gezondheidszorg vinden wij niet toelaatbaar. Het respect en de piëteit waarmee onzes inziens met dit weefsel moet worden omgegaan, laat voor toepassingen buiten de gezondheidszorg geen ruimte.”<sup>1565</sup>

Wegens de menselijke origine van het materiaal wordt lichaamsmateriaal niet als een willekeurig gebruiksvoorwerp gezien, maar heeft het in de menselijke beleving een bijzondere betekenis en waarde. Het lichaamsmateriaal blijft ook

1563 J.K.M. Gevers, *Beschikken over cellen en weefsels* (oratie UvA), Deventer: Kluwer 1990, p. 9.

1564 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 423, nr. 3, p. 16 (MvT).

1565 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 639, nr. 3, p. 6 (MvT).

na overdracht via een onzichtbare draad met de donor verbonden, zowel in genetisch als symbolisch opzicht. Bij orgaandonatie bestaat een band tussen enerzijds de gedoneerde organen, en anderzijds de levende persoon van de donor, of de nagedachtenis van de overleden donor. In het geval van embryo's bestaat er bovendien niet alleen een bloedband met de donor, maar ook heeft het embryo zelf de potentie persoon te worden. Deze bijzondere verbondenheid met bestaande, levende of toekomstige personen, maakt dat embryo's en organen op zijn minst gezegd een sterke symbolische betekenis hebben. Zij zijn geen gewone voorwerpen, maar zaken die bezielde zijn met het menselijke, of dat nu met een concrete persoon is of de mens in abstracto. Den Hartogh spreekt ook wel van de *symbolische* of *associatieve* waarde van organen,<sup>1566</sup> pre-embryo's,<sup>1567</sup> en het gestorven lichaam.<sup>1568</sup> Die symbolische waarde kan niet worden afgeleid uit waarneembare feiten, maar is gebaseerd op antropologisch verankerde associaties die deze 'sacrale objecten' met bepaalde personen of met de mensheid oproepen.

Wat dat betreft vertoont de juridische status van lichaams- en embryonaal materiaal in meerdere opzichten verwantschap met de categorie van de *res sacrae, sanctae et religiosae* uit het Romeinse recht, ofwel de heilige zaken die aan het juridische verkeer waren onttrokken. Het zijn weliswaar zaken, aangezien zij in fysieke zin van de persoon zijn gescheiden, maar dan wel een bijzonder soort zaken wegens hun symbolische lading. Volgens rechtshistoricus Baud, die, zoals eerder is behandeld, zelfs van het levende lichaam een zaakskwalificatie voorstaat, is sacraliteit van oudsher juist vooral verbonden met zaken, en niet personen. Uit de antropologische literatuur blijkt naar zijn mening dat het sacrale juist voortkomt uit de projectie van het bovennatuurlijke op het tastbare of reële. Te denken is onder meer aan relikwieën en begraafplaatsen. Ervan uitgaande dat de juridische categorie van de persoon oorspronkelijk slechts een technische abstractie vormde, stelt hij daarom dat het juridisch zaaksbegrip beter in staat is de sacrale status van het lichaam tot uiting brengen:

“La notion de personne étant [...] une abstraction technique, elle s'inscrit fondamentalement dans le monde du profane. Le simple fait d'imaginer qu'il puisse y avoir quelque chose de sacré dans l'homme conduit à classer son corps dans la catégorie des choses.”<sup>1569</sup>

Volgens hem behoren het lichaam en daarvan afgeleide producten dan ook tot een bijzondere categorie zaken, en kan hun speciale status niet worden herleid tot de

1566 G.A. den Hartogh (2003b), *Gift of bijdrage? Over morele aspecten van orgaandonatie*, Den Haag: Rathenau Instituut 2003, p. 121.

1567 G.A. den Hartogh, *Kun je een zygote liefhebben? Over de waarde van het leven en de grenzen van de morele gemeenschap* (oratie Amsterdam UvA), 1993, zie <213.132.199.164/socrates/oraties/DenHartogh.pdf>, p. 26.

1568 Den Hartogh 2003b, p. 58 e.v.; Den Hartogh 1993, p. 26.

1569 J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Parijs: Seuil 1993, p. 33.

persoon. Een soortgelijke benadering zien we bij Hermitte, die voorstelt hiervoor een nieuwe rechtscategorie in het leven te roepen: *les choses d'origine humaine*,<sup>1570</sup> dat wil zeggen, een bijzonder soort zaken in privaatrechtelijke zin, met een eigen rechtsregime. Labbée roept op zijn beurt op tot de erkenning van een nieuwe juridische categorie: de categorie van *choses sacrées*, ofwel heilige zaken, waarin bijvoorbeeld de stoffelijke resten van personen kunnen worden ondergebracht.<sup>1571</sup>

Hoe men het lichaam, het embryo en daarvan afgeleide 'producten' ook kwalificeert, op grond van de associatieve of symbolische waarde van het lichaam en het embryo kan worden verklaard waarom zij volgens het recht principieel zonder prijs zijn. Aangezien zij onlosmakelijk zijn verbonden met de mens, stralen de waardigheid van de mens en het respect voor menselijk leven als het ware op deze objecten af. Net als de mens zijn zij 'onbetaalbaar'. Daarmee is het juridische verbod op de verhandeling van lichaamsdelen een afgeleide van de kantiaanse gedachte dat mensen geen prijs maar een waardigheid hebben, dat wil zeggen, een doel op zichzelf zijn. In Kants bekende woorden:

"In het rijk van de doelen heeft alles ofwel een *prijs* ofwel een *waardigheid*. Voor datgene wat een prijs heeft, kan ook iets anders in de plaats worden gesteld als *equivalent*. Wat daarentegen boven elke prijs verheven is en derhalve geen equivalent toelaat, heeft een waardigheid.

Wat betrekking heeft op de algemene menselijke neigingen en behoeften, heeft een *marktprijs*. [...] Dat evenwel, wat de voorwaarde vormt waaronder alleen iets doel op zichzelf kan zijn, heeft niet louter een relatieve waarde, dat wil zeggen: een prijs, maar een intrinsieke waarde, dat wil zeggen: *waardigheid*."<sup>1572</sup>

De distributie van lichaamsdelen en embryonaal materiaal wordt om die reden niet door de wetten van de markt, maar door de wetten van de gift geregeerd. Daarmee is de giftethiek binnen de regulering van de biomedische technieken opvallend zichtbaar.

In de Nederlandse rechtstheorie heeft vooral Pessers zich ingespannen de bijdrage van de giftethiek aan het recht te analyseren als basis van het wederkerigheidsbeginsel. In haar proefschrift beschrijft zij hoe de gift, in tegenstelling tot contractuele relaties, een duurzame relatie van verwachtingen en tegenprestaties tussen gever en ontvanger tot stand brengt. Een geschenk schept immers

1570 M.-A. Hermitte, "Le corps hors du commerce, hors du marché", *Archives de philosophie du droit*, 1988 (tome 33 : *la philosophie du droit aujourdhui*), p. 346.

1571 Zie onder meer X. Labbée, "La valeur des choses sacrées ou le prix des restes mortels", *Recueil Dalloz* 2005, nr. 14, p. 931-932; en X. Labbée, "L'urne au fond du jardin. Quel statut pour les cendres?", *JCP* 2008, nr. 15, p. 4.

1572 I. Kant, *Fundering van de metafysica van de zeden*, Amsterdam: Boom 1997 (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* 1785, vertaald door Th. Mertens), p. 92.

verplichtingen, die echter van een geheel ander aard zijn dan de verplichtingen uit een zakelijke overeenkomst:

“Bij de gift gaat het [...] allereerst om een persoonlijke verhouding, niet om een zakelijke. De gift brengt de waardering van de persoon die wordt begiftigd tot uiting. De waarde van de persoon en van de relatie, niet die van het geschenk staat voorop. In een contractuele relatie ligt dat andersom. Daarin gaat het om de waarde van het goed, niet om de waarde van de betrokken personen.”<sup>1573</sup>

Pessers baseert zich in haar onderzoek op de klassieke Franse antropologische literatuur, onder meer Mauss' *Essai sur le don*. Een van de stellingen in dat werk luidt dat de gever via de gift ook een deel van zijn persoon meegeeft. Het geschenk geeft immers uiting aan persoonlijke gevoelens, en is te beschouwen als een investering van een deel van de eigen persoon in de relatie met de ander. Om die reden blijft het geschenk ook nadat zij in het bezit van de ander is gekomen verbonden met de gever. De persoon of geest van de gever leeft er als het ware in voort. In de woorden van Mauss zelf:

“Ce qui, dans le cadeau reçu, échangé, oblige, c'est que la chose reçue n'est pas inerte. Même abandonnée par le donateur, elle est encore quelque chose de lui. [...] Présenter quelque chose à quelqu'un c'est présenter quelque chose de soi. [...] On comprend clairement et logiquement, dans ce système d'idées, qu'il faille rendre à autrui ce qui est en réalité parcelle de sa nature et substance; car, accepter quelque chose de quelqu'un, c'est accepter quelque chose de son essence spirituelle, de son âme.”<sup>1574</sup>

Ofwel, het geschenk heeft een “symbolische lading”, zoals Pessers schrijft. Omdat het geschenk beziel is met “de geest van de gever”, mag men er niet vrijelijk over beschikken.<sup>1575</sup>

In het lichamelijk domein is de giftethiek van oudsher werkzaam in de vorm van de gedachte dat we het lichaam niet simpelweg hebben, maar dat het ons is *gegeven*. Op grond van deze visie heeft het lichaam een eigen waardigheid en mogen we er slechts op altruïstische gronden over beschikken. We zien hier duidelijk de sporen van een christelijke giftethiek, volgens welke het lichaam een geschenk van God is. Vanuit die visie bekeken zijn wij niet zozeer de eigenaars als wel de rentmeesters of beheerders van ons eigen lichaam, en zijn we verplicht

1573 D.W.J.M. Pessers, *Liefde, solidariteit en recht. Een interdisciplinair onderzoek naar het wederkerigheidsbeginsel* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam 1999, p. 70.

1574 M. Mauss, “Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques”, in: M. Mauss, *Sociologie et anthropologie*, Parijs: PUF 2004, p. 159-161.

1575 D.W.J.M. Pessers, *Menselijke waardigheid en het persoonsbegrip in het recht* (preadvies CJV), Utrecht: Lemma 2005, p. 50.

het met de nodige zorg te behandelen. Dat betekent ook dat er fundamentele beperkingen zijn aan de handelingsvrijheid met betrekking tot het lichaam.<sup>1576</sup>

Ook al is de giftethiek een erfenis van de premoderniteit, en kent zij een religieuze voedingsbodem, alleen al uit haar invloed op de huidige biomedische regulering blijkt dat zij de rationalisering en secularisering van het wereldbeeld heeft weten te doorstaan. In recent werk wijst Pessers op de werkzaamheid van de giftethiek binnen de nationale en internationale regulering van medische biotechnologie. De hedendaagse, seculiere giftethiek legt niet de nadruk op het “God gegeven” karakter van het lichaam, maar op de onlosmakelijke band van het lichaam met de persoon van de donor:

“Ook de idee dat in de gift de persoon van de gever aanwezig is, is relevant voor de reikwijdte van de zelfbeschikking en voor het probleem van de objectivering van het lichaam. Verwijderde lichaamsdelen blijven in die visie ‘beziel met de geest van de gever’. De gever blijft daarom morele rechten houden met betrekking tot die lichaamsdelen. Die morele rechten bestaan minstens daarin dat de lichaamsdelen met respect behandeld moeten worden, zolang zij nog identificeerbaar zijn. [...] De betrekkelijke onvervreemdbaarheid van het lichaam in de giftethiek, strookt met de opvatting dat beschikking over eigen lichaamsdelen een persoonlijkheidsrecht en geen subjectief vermogensrecht is.”<sup>1577</sup>

Om die reden mag lichaamsmateriaal slechts om niet worden afgestaan. Een ander effect van de giftethiek is dat het lichaamsmateriaal met persoonlijkheidsrechten van de donor blijft belast,<sup>1578</sup> net zoals in de giftethiek het geschenk na schenking met de persoon van de gever verbonden blijft. Zoals na overdracht

1576 Voor een nadere uitleg van deze christelijke interpretatie, en een vergelijking met de liberale zelfbeschikkingstraditie, zie H. Zwart en C. Hoffer, *Orgaandonatie en lichamelijke integriteit. Een analyse van christelijke, liberale en islamitische interpretaties*, Best: Damon 1998, p. 53-78.

1577 Pessers 2005, p. 52. Zie ook Dickenson 2005, p. 70 e.v. over de giftethiek in het kader van donatie. Zowel Pessers als Dickenson zijn echter sceptisch over de werkzaamheid van de giftethiek, gezien de feitelijke commercialisering van het lichaamsmateriaal door de medische en farmaceutische industrie. Ter illustratie verwijzen zij beiden naar de beruchte *Moore*-zaak. In de woorden van Dickenson: “De doctrine van informed consent [kan] gemakkelijk een dekmantel worden voor altruïsme van één kant: van de individuele donor naar de weefselbank, het onderzoeksteam of bedrijf. Terwijl de gift in de antropologische literatuur oorspronkelijk de functie had een duurzame relatie van verplichting en dankbaarheid te vestigen die gemeenschappen samenbindt, lijken de huidige richtlijnen precies het tegenovergestelde te beogen: alle toekomstige aanspraken van de donor verjeden en de arts, onderzoeker of biotechnologieonderneming te vrijwaren van alle verdere verplichtingen die uit de gift zouden kunnen voortvloeien” (Dickenson 2005, p. 71-72). Voor verdere kritiek op het gift-regime n.a.v. de *Moore*-zaak, zie onder meer J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Des Travaux/Seuil: Parijs 1993; en J.A. Bovenberg, *Property rights in blood, genes & data: naturally yours?* (diss. Leiden), Leiden: Martinus Nijhoff 2005, p. 193 e.v.

1578 Zie onder meer A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1991, p. 21 e.v.; Leenen 2000, p. 52 e.v.; Van der Steur 2003, p. 223 e.v.; Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam/Ploeger 2006 (3-1), nr. 58.



van een kunstwerk de ‘morele rechten’ van de kunstenaar op het werk blijven rusten, zo blijven er, ook nadat het lichaamsmateriaal en de lichaamsdelen zijn afgestaan, restricties aan de handelingsvrijheid met betrekking tot dat materiaal bestaan, die samenhangen met het ‘persoonsgebonden’ karakter van het materiaal. Dat blijkt onder meer uit bepalingen als artikel 7:467 lid 1 BW<sup>1579</sup> en artikel 3 lid 1 Wet foetaal weefsel<sup>1580</sup> waarin de zeggenschap van de patiënt over het gebruik van reeds afgestaan lichaamsmateriaal is geregeld. Bovendien mag materiaal dat is gedoneerd slechts voor de wettelijk erkende doeleinden worden gebruikt, waarvoor de donor in kwestie toestemming heeft gegeven. Uit artikel 13 WOD blijkt bijvoorbeeld dat in het geval van postmortale donatie de donor in zijn wilsverklaring kan aangeven dat zijn organen na verwijdering slechts voor implantatie bij een andere persoon mogen worden gebruikt, en niet voor wetenschappelijk onderzoek dat is gericht op implantatie. Tot slot is een belangrijk persoonlijkheidsrecht dat op het lichaamsmateriaal en de lichaamsdelen rust het recht op privacy. Leenen spreekt in dat verband van doorwerking van de rechten op privacy en lichamelijke integriteit in het lichaamsmateriaal.<sup>1581</sup> Lichaamsmateriaal bevat dermate gevoelige genetische informatie over de persoon, dat het recht op privacy in het geding kan komen.<sup>1582</sup> De doorwerking van het recht op privacy in het lichaamsmateriaal blijkt uit de verschillende wettelijke waarborgen voor anonimiteit van het gedoneerde materiaal.<sup>1583</sup>

Bij gevolg luidt de *communis opinio* dat een puur vermogensrechtelijke benadering niet volstaat wanneer het de beschikking over delen of materiaal van het lichaam en het embryo betreft. Ten eerste spelen via persoonlijkheidsrechten publiekrechtelijke uitgangspunten (zoals grondrechten en het beginsel van menselijke waardigheid) mee bij de beschikking over lichaamsmateriaal. Daarnaast wordt in het geval van regulering van handelingen met het embryo en het lijk de vermogensrechtelijke aanpak aangevuld of zelfs geheel vervangen door publiekrechtelijke en familierechtelijke principes. Daarmee is het onbetwist dat het lichaam en het embryo zich niet alleen op de grens tussen persoon en zaak bevinden,

1579 “Van het lichaam afgescheiden anonieme stoffen en delen kunnen worden gebruikt voor medisch statistisch of ander medisch wetenschappelijk onderzoek voor zover de patiënt van wie het lichaamsmateriaal afkomstig is, geen bezwaar heeft gemaakt tegen zodanig onderzoek en het onderzoek met de vereiste zorgvuldigheid wordt verricht.”

1580 “Voor het bewaren en gebruiken van foetaal weefsel is de toestemming vereist van de vrouw. De toestemming wordt vooraf verleend bij een verklaring die ten minste eigenhandig is gedagtekend en ondertekend.”

1581 Leenen 2000, p. 52 e.v.

1582 Gevers 1990, p. 15.

1583 Zie onder meer art. 467 WGB0; art. 7 lid 1 Wet foetaal weefsel; art. 9.1 Eisenbesluit lichaamsmateriaal 2006. In art. 467 lid 2 WGB0 wordt bovendien een definitie van anonimiteit gegeven: “Onder onderzoek met van het lichaam afgescheiden anonieme stoffen en delen wordt verstaan onderzoek waarbij is gewaarborgd dat het bij het onderzoek te gebruiken lichaamsmateriaal en de daaruit te verkrijgen gegevens niet tot de persoon herleidbaar zijn.”

maar ook op de grens tussen het vermogensrecht enerzijds en het publiekrecht en familierecht anderzijds.

Men kan nog een stap verder gaan door zich af te vragen of het vermogensrecht überhaupt van toepassing is op de lichamelijke sfeer. Kunnen het lichaam, het lijk, het embryo en lichaamsmateriaal wel als een zaak in privaatrechtelijke zin worden gekwalificeerd? Dit vraagstuk is reeds in 2.4 behandeld, en het is uiteraard niet de bedoeling om hier in herhaling te vervallen. Terugkijkend op dat hoofdstuk kunnen we echter constateren dat in het debat over de toepasselijkheid van het vermogensrecht op het lichamenlijk domein mede aan argumenten van symbolische of antropologische aard gewicht is en wordt toegekend. Zo schrijven de auteurs van het goederenrechtelijk deel van de Asser-serie dat “de eerbied voor de geestelijke waarde van de mens” zich verzet tegen zaakskwalificatie van het levende en gestorven lichaam. Daarnaast wordt veelal naar de piëteit voor de mens<sup>1584</sup> verwezen, zedelijke overwegingen,<sup>1585</sup> de menselijke waardigheid of vager, de bijzondere positie van het lichaam in het recht.<sup>1586</sup> Dat er van enigszins ouderwets aandoende uitdrukkingen als “piëteit”, “eerbied” en “de goede zeden” in deze context gebruik wordt gemaakt, wijst erop dat het aan geschikte termen op dit terrein ontbreekt om de speciale status van het lichaam en afgeleide materialen mee aan te duiden.

De Franse juristen lijken er minder moeite mee te hebben het sacrale karakter van het lichaam onder woorden brengen. Dat heeft wellicht te maken met het feit dat de *indisponibilité* van het lichaam en de *dignité humaine* van de menselijk persoon in de Franse rechtspraak en wetgeving erkende beginselen zijn, die de nodige reflectie op gang hebben gebracht.<sup>1587</sup> Zo is de visie op het lichaam van de gezaghebbende privatist Carbonnier nog altijd representatief voor de bestaande Franse doctrine omtrent het menselijk lichaam: “Parce qu’il est la personne elle-même, le corps échappe au monde des objets, au droit des choses même vivantes. Il a, en quelque manière, un *caractère sacré*” [cursivering BvB].<sup>1588</sup> Supiot trekt zelfs een parallel tussen de religieuze kijk op het lichaam als zetel van de ziel, en de juridische benadering die van het lichaam een sacraal object maakt: “Là, où l’Église voyait dans le corps humain le temple de son âme immortelle, nous continuons d’y voir le siège de la personnalité, et il est traité, avant même sa naissance et jusqu’après sa mort, comme un objet sacré.”<sup>1589</sup>

Wat in ieder geval uit de Nederlandse en Franse gebruikte termen kan worden afgeleid, is dat in dit rechtsgebied overwegingen van ethische, antropologische en

1584 Petit 1950, p. 433; Leenen 2000, p. 47 en 52; Van der Steur 2003, p. 139.

1585 Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam/Ploeger 2006 (3-I), nr. 58.

1586 Gevers 1990, p. 6; Leenen 2000, p. 47.

1587 Zie 3.2.

1588 J. Carbonnier, *Droit civil, tome 1. Les personnes*, PUF: Parijs 2000, p. 20. In dezelfde zin, zie Labbé 2008, p. 4.

1589 A. Supiot (2005), *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Parijs: Seuil 2005, p. 65.

culturele aard een belangrijke rol spelen. De vraag of het lichaam, het embryo en hun onderdelen onder het vermogensrecht vallen, kan uiteindelijk dan ook niet binnen het vermogensrechtelijke kader zelf worden beantwoord. De kwestie is niet technisch-juridisch maar wezenlijk *rechtspolitiek*. In dat verband wordt daarom naast technische vereisten (menselijke beheersbaarheid, etc.), ook wel van de ethische vereisten voor zaakskwalificatie gesproken.<sup>1590</sup> In haar proefschrift over de grenzen van rechtsobjecten formuleert Van der Steur het als volgt:

“Los van [...] ‘technische’ eisen die aan zaken kunnen worden gesteld (menselijke beheersbaarheid, stoffelijkheid, zelfstandigheid en waarde), worden er ook *ethische*, rechtspolitieke eisen, aan zaken gesteld. Dit geldt voor het menselijk lichaam, een lijk en lichaamsmaterialen. [...] Kennelijk is het niet alleen de vraag of iets een object van eigendom *kan* zijn (technische grens), maar ook of we op grond van onze normen en waarden *mogen* komen tot zaakskwalificatie (ethische grens). Het zaaksbegrip wordt niet alleen bepaald door juridisch-technische argumenten, ook normatieve, rechtspolitieke argumenten spelen een rol.”<sup>1591</sup>

Binnen die rechtspolitieke afwegingen wordt met name de menselijke waardigheid gebruikt als argument tegen zaakskwalificatie van het lichaam en zijn onderdelen, schrijft Van der Steur.<sup>1592</sup> Dat er nog altijd discussie bestaat over de vraag of het lichaam tot het terrein van het vermogensrecht hoort, mag dan ook niet verbazen. Zoals inmiddels duidelijk is, leent de menselijke waardigheid zich voor uiterst verschillende interpretaties, en dat werkt in het debat over de privaatrechtelijke status van het lichaam door. Zo is Van der Steur van mening dat op het lijk en lichaamsmateriaal eigendomsrechten rusten, terwijl in deel 3-I van de Asser-serie wordt betoogd dat het lijk, sperma en in veel gevallen ook lichaamsmateriaal geen voorwerp van vermogensrecht kunnen zijn.<sup>1593</sup> Baud argumenteert daarentegen, zoals we hebben gezien, dat zaakskwalificatie van het lichaam het meeste recht doet aan de eerbiedwaardigheid ervan. De menselijke waardigheid vormt, als seculiere vertaling van lichamelijke sacraliteit, voor hem een doorslaggevend argument om het menselijk lichaam, zowel levend als dood, zowel opgedeeld als integraal, juist als zaak en object van een eigendomsrecht te kwalificeren: een zaak met een bijzonder rechtsregime, waarover slechts in beperkte mate kan worden beschikt, en dat het sacrale karakter ervan afdoende tot uiting kan brengen.<sup>1594</sup> Temidden van deze verschillende meningen over de

1590 Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam/Ploeger 2006 (3-I), nr. 58; Van der Steur 2003, p. 138 e.v. en p. 211 e.v.

1591 Van der Steur 2003, p. 138.

1592 Van der Steur 2003, p. 140.

1593 Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam/Ploeger 2006 (3-I), nr. 58 en 59.

1594 “Nous venons de voir que la dignité humaine était une notion utilisée, entre autres, comme transcription moderne de la sacralité corporelle. Comme il a été établi que la sacralité ne pouvait affecter qu’une chose, il faut, pour renforcer la démonstration, aller au-delà, en établissant que la négation de l’appropriation du corps par l’individu est une menace pour la dignité humaine”

juiste kwalificatie van het lichaam is men het echter over het algemeen op één punt wel eens: een puur vermogensrechtelijke benadering van het lichamelijk domein volstaat niet.

### 8.2.3 *De symbolische status van het lijk in het recht*

Dat het rechtssysteem haperingen vertoont bij de kwalificatie van bijvoorbeeld het embryo in vitro, menselijke genetische sequenties, organen en stamcellen is niet geheel verbazingwekkend: deze hybriden zijn de ‘producten’ van een recente medische praktijk die het voorstellingsvermogen van de juridische tradities te boven gaat. Voor het gestorven lichaam gaat deze redenering echter niet op. De eerbied voor het gestorven lichaam, de rituelen die bij het afscheid nemen van de overledene in acht worden genomen, de taboes waardoor de omgang met het lijk wordt bepaald en de gewijde sfeer rondom bijvoorbeeld de rustplaats, zien we in iedere cultuur en vanaf de vroegste beschavingen terug. Interessant is het daarom om te bekijken of we iets van deze symbolische beladenheid van de dood terugzien in het recht.

De algemene rechtsregel dat het lichaam en daarvan afgeleid materiaal niet mogen worden verkocht is uiteraard ook van toepassing op het gestorven lichaam, ook al blijkt dat niet uit de Nederlandse wetgeving, op de regeling van postmortale orgaandonatie na. Naast dit verbod op verkoop kent het rechtsregime rondom het menselijk lijk echter nog een aantal beperkingen die specifiek met de eerbied voor het lijk zijn verbonden. Al hoewel over de vraag of het lijk een zaak in juridische zin is de meningen verdeeld zijn, is men het erover eens dat de eerbied voor het gestorven lichaam meerdere beperkingen aan de beschikkingsvrijheid over het lichaam met zich meebrengt. In de Asser-reeks worden handelingen die in het kader van de *Wet op de lijkbezorging* met het stoffelijk overschot worden verricht om die reden “niet als vermogensrechtelijke maar als familierechtelijke beschikkingen”<sup>1595</sup> beschouwd.

In deze paragraaf wordt op de toepasselijkheid van het vermogensrecht op het dode lichaam niet ingegaan, aangezien deze kwestie in haar algemeenheid reeds in de vorige paragraaf aan de orde is gesteld. De vraag is daarentegen hoe het respect voor het gestorven lichaam voor het overige tot uiting komt in het recht, en hoe dat respect in de rechtsdogmatiek wordt beredeneerd. We zullen zien dat aan de eerbiedwaardigheid van het gestorven lichaam op relatief indirecte wijze in het Nederlandse rechtssysteem vorm is gegeven. Zo is in Nederland, in tegenstelling tot andere landen, lijkschennis niet in het Wetboek van Strafrecht opgenomen.

---

(Baud 1993, p. 226). Vervolgens betoogt Baud aan de hand van de *Moore*-zaak dat het juist ter bescherming van de menselijke waardigheid is dat het lichaam als zaak in juridische zin moeten worden beschouwd.

1595 Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam/Ploeger 2006 (3-I), nr. 59.

Het respect voor de overledene wordt ten eerste afgeleid uit de grondrechten. Uit de parlementaire geschiedenis van het recht op privacy en het recht op onaantastbaarheid van het lichaam (artikel 10 en 11 Gw) blijkt dat deze rechten ook na de dood doorwerken. De minister gaf bij de grondwetsherziening van 1983 aan dat “het recht op onaantastbaarheid niet eindigt op het moment van iemands overlijden, maar ook daarna in beginsel blijft voortbestaan”.<sup>1596</sup> Met andere woorden, hoewel de dood het einde betekent van de persoon in technisch-juridische zin (men kan geen rechtshandelingen meer verrichten), blijft de juridische persoon wat deze grondrechten betreft toch voortbestaan. Leenen spreekt op soortgelijke wijze van “de nawerkende persoonlijkheidsrechten van de overledene”.<sup>1597</sup> In een boeiend artikel over de werking van het recht op privacy na de dood stelt Blok dat het doctrinaire standpunt over het einde van de juridische persoon bij de dood moeilijk te rijmen is met de postmortale werking van deze grondrechten en persoonlijkheidsrechten:

“De doctrine neemt in het algemeen [...] aan dat rechtssubjectiviteit eindigt bij het overlijden van de persoon. Pitlo schrijft bijvoorbeeld dat de mens alleen tussen zijn geboorte en overlijden rechten kan hebben. Dat zou impliceren dat de persoon na zijn dood zelf geen drager van rechten meer kan zijn. [...] De doctrine wekt kortom de indruk dat, bij gebreke aan een rechtssubject dat het recht kan dragen, het recht op privacy sterft met de persoon.”<sup>1598</sup>

De doctrine is wat dat betreft in strijd met de rechtspraktijk, zo betoogt Blok. In het vervolg van zijn artikel beschrijft hij de verschillende manieren waarop het geldende recht blijk geeft van respect voor het privé-leven van overledenen.

De door Blok geconstateerde discrepantie tussen rechtspraktijk en rechtsdoctrine over het einde van de persoon valt echter weg, wanneer we een onderscheid maken tussen het technische persoonsbegrip dat auteurs als Pitlo hanteren, en het symbolische persoonsbegrip dat aan de grondrechten ten grondslag ligt. Inderdaad ‘sterft’ de persoon in technisch-juridische zin op het moment dat de mens van vlees en bloed overlijdt. Zoals in hoofdstuk 6 is aangegeven, kan de bescherming die aan het gestorven lichaam toekomt daarom niet worden gebaseerd op de bescherming die aan de persoon in technisch-juridische zin toekomt. Dat de rechten op privacy en integriteit van het lichaam voorbij de dood reiken kan slechts worden verklaard aan de hand van een symbolisch-juridisch persoonsbegrip. Men zou zelfs kunnen stellen dat de biologische dood slechts het einde van de persoon in technisch-juridische zin betekent, en niet het volledige einde van het subject van de menselijke waardigheid ofwel de persoon in symbolisch-juridische zin. Hoe men het ook wil formuleren, het staat buiten twijfel dat het

1596 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 086, nr. 8, p. 8.

1597 Leenen 2000, p. 55.

1598 P.H. Blok, “Is er privé-leven na de dood?”, *NJB* afl. 6, 7 februari 2003, p. 273.

lichaam na de dood wordt beschermd in naam van het respect voor de menselijke persoon en diens waardigheid. Dat het subject van de mensenrechten daarmee tot op zekere hoogte voortleeft na de dood, is een illustratie van de symbolische, contrafactische inslag van de mensenrechten: hoewel de mens in biologisch opzicht is gestorven, leeft de mens symbolisch gezien voort.

Ook in de Franse rechtsdogmatiek wordt deze visie onderschreven. In zijn proefschrift over het persoonsbegrip van de mensenrechten, noemt Bioy de dood een “hiatus remarquable” tussen het technisch-juridisch en symbolisch persoonsbegrip, of in zijn terminologie, tussen *la personne juridique* en *la personne humaine*:

“Personne juridique *stricto sensu* et personne humaine se distinguent conceptuellement mais connaissent des applications généralement concomitantes. Leurs extensions ne se départissent guère de la naissance à la mort. C’est avec le statut du cadavre que la disjonction s’opère. Privé de la personnalité juridique il demeure cependant protégé au titre de sa “personnalité humaine”. [...] Le cadavre [...] perd au moment de la mort toute personnalité juridique [...] mais [sa] qualification de personne humaine ne se perd pas pour autant.”<sup>1599</sup>

Bioy stelt zelfs dat het gestorven lichaam in het Franse recht wordt gekwalificeerd als menselijke persoon, of in ieder geval zo behandeld.<sup>1600</sup> Hij verwijst daarbij met name naar het *Milhaud*-oordeel van de Conseil d’État.<sup>1601</sup> Inmiddels is Bioys standpunt min of meer bevestigd door de Franse wetgever. In december 2008 is een bepaling toegevoegd aan hoofdstuk 2 (*Du respect du corps humain*) van de Code Civil. In artikel 16-1-1 wordt bepaald dat het menselijk lichaam ook na de dood met respect en waardigheid dient te worden behandeld:

“Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence.”<sup>1602</sup>

1599 X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux* (diss. Toulouse), Parijs : Dalloz 2003, p. 215.

1600 Bioy 2003, p. 218.

1601 CE 2 juli 1993, *Recueil Dalloz* 1994, jur., p. 74, m.nt. J.-M. Peyricol (*Milhaud*). In deze zaak ging het om de toelaatbaarheid van experimenten met een hersendood lichaam. De Conseil d’État liet de tuchtrechtelijke veroordeling van de arts in kwestie in stand, waarbij met name de volgende overweging van belang was: “Considérant que les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s’imposent au médecin dans ses rapports avec son patient, ne cessent pas avec la mort de celui-ci.” Zie hierover ook 3.2.3.

1602 Ook art. 16-2 Code Civil is bij deze wetswijziging uitgebreid. Achter de bepaling “Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci” zijn de woorden “y compris après la mort” toegevoegd.

Als de bescherming die de menselijke persoon toekomt niet eindigt met de dood, kan men dan stellen dat de bescherming van het gestorven lichaam een afgeleide is van zijn wil, ofwel de laatste wil van de overledene? Blok wijst erop dat volgens de kamerstukken een van de gedachten achter postmortale doorwerking van artikel 11 Gw is “dat de overledene zelf beslist wat er na zijn overlijden met zijn lichaam gebeurt”.<sup>1603</sup> Een aantal juridische auteurs is eveneens de mening toegedaan dat “wat met het lichaam mag worden gedaan primair afhankelijk [is] van de wil van de overledene” en dat “het beschikken over eigen lichaam een persoonlijkheidsrecht is, dat ook na de dood doorwerkt”.<sup>1604</sup> Met andere woorden, volgens die redenering is de beschermwaardigheid van het gestorven lichaam het effect van een *postmortaal zelfbeschikkingsrecht*. Aangezien de meeste mensen er belang aan hechten dat hun lichaam ook na de dood met respect wordt behandeld, lijkt dat op het eerste gezicht niet zo’n vreemde redenering. Bovendien blijken de wensen van de overledene een belangrijke afweging in onder meer de wetgeving rond orgaandonatie en lijkbezorging. Zo maakt het Nederlandse toestemmingsstelsel orgaandonatie afhankelijk van toestemming van de overledene (artikel 9 WOD), en wanneer een wilsverklaring daaromtrent afwezig is, van toestemming van de familieleden (artikel 11 WOD). In de WLB is bepaald dat “lijkbezorging geschiedt overeenkomstig de wens of de vermoedelijke wens van de overledene, tenzij dat redelijkerwijs niet gevegd kan worden” (artikel 18 WLB). En ook ontleding van het lijk in het kader van de wetenschap geschiedt alleen wanneer daartoe bij leven toestemming is gegeven (artikel 67 lid 2 en 72 lid 1 WLB).<sup>1605</sup>

Moelijker wordt het echter wanneer iemand als laatste wens koestert dat zijn gestorven lichaam aan de dieren wordt gevoerd, of door een ander wordt opgegeten.<sup>1606</sup> Kan aan de wensen van de overledene ook in dergelijke gevallen gehoor worden gegeven? De algemene rechtsopinie is dat dergelijke handelingen niet zijn toegestaan wegens “strijd met de piëteit voor de mens”, “de goede zeden”, etc. Met andere woorden, in dergelijke gevallen wordt geen gehoor gegeven aan het verzoek van de overledene, en wordt zelfbeschikking niet als leidraad gehanteerd.

Ook de WOD en WLB kunnen evenwel niet worden beschouwd als de wettelijke neerslag van een postmortaal zelfbeschikkingsrecht. In hoofdstuk 3 is benadrukt dat er een principiële onderscheid bestaat tussen het toestemmingsvereiste en het lichamelijk zelfbeschikkingsrecht. In het geval van het toestemmingsvereiste is er sprake van een beperkt aantal mogelijkheden waar de betrokkene al dan niet

<sup>1603</sup> Blok 2003, p. 274.

<sup>1604</sup> Gevers 1990, p. 10. Gevers verwijst op dit punt naar H. Roscam Abbing, “Belangen en wetgever”, in *Orgaantransplantatie, een kwestie van bereidheid*, Lelystad 1988, p. 98.

<sup>1605</sup> Bij afwezigheid van een dergelijke wilsbeschikking, kan de toestemming ook worden gegeven door familie (art. 67 lid 3 en art. 72 lid 2 WLB). Andere uitzondering vloeien voort uit art. 73, zoals de gevallen waarin ontleding voor strafrechtelijk onderzoek is vereist.

<sup>1606</sup> Zoals in een geval dat aan het Duitse Bundesgerichtshof werd voorgelegd. Dit zogenaamde *Kannibalen-Urteil* komt nog in 8.4.2 aan bod.

mee kan instemmen. Hij kan zich op die manier beschermen tegen ongewenste invloeden van buitenaf. De betrokkene heeft daarmee echter geen recht op de verrichting van bepaalde handelingen, noch is zijn wil doorslaggevend voor de toelaatbaarheid van bepaalde handelingen. Er is slechts sprake van een afweerrecht tegen ongewenste ingrepen.

De WOD en de WLB scheppen een wettelijk kader voor een beperkt aantal vormen van orgaandonatie en lijkbezorging. Binnen dit wettelijke kader wordt de vrijheid aan het individu gelaten om te kiezen voor een van de wettelijk erkende vormen van donatie en lijkbezorging. Dat is iets anders dan een recht op postmortale zelfbeschikking, en kan beter worden beschreven als de postmortale werking van het toestemmingsvereiste. Zo blijkt uit artikel 1 WLB<sup>1607</sup> dat slechts vormen van lijkbezorging die bij of krachtens de wet zijn aangewezen zijn toegestaan. Per saldo wil dat zeggen: begraving, crematie, orgaandonatie, overboord zetten (in geval van overlijden op een schip)<sup>1608</sup> of ontleding in het belang van wetenschap of onderwijs. Daarmee zijn uiteraard niet alle mogelijk postmortale wensen omtrent donatie of lijkbezorging gedekt. Zo is *cryonics*, dat wil zeggen het invriezen van een lijk in de hoop dat men in de toekomst tot leven kan worden gewekt, niet toegestaan in Nederland. Het is eveneens verboden om een menselijk lijk op te zetten of te *plastineren*, tenzij dit in het kader van een wetenschappelijke ontleding geschiedt (artikel 71 lid 2 WLB). In artikel 71 lid 1 WLB ligt namelijk het verbod besloten een lijk te balsemen of te onderwerpen aan een conserverende bewerking die niet is gericht op gebruik van delen van het lijk ingevolge de WOD.

Intermezzo: het menselijk lijk als kunst object. Onder plastinatie verstaat men de techniek waarmee lijken en kadavers worden geconserveerd in de vorm van rubberachtige 'objecten'.<sup>1609</sup> Het resultaat is bekend van de controversiële tentoonstellingen als *Körperwelten*<sup>1610</sup> en *Bodies: the Exhibition*. In deze anatomische shows zijn de 'kunstobjecten' in kwestie geplastineerde menselijke lijken en lichaamsdelen. De shows zijn zowel immens populair als erg kostbaar, zodat er sprake is van een miljoenen-industrie.<sup>1611</sup> In 2006-2007 is ook in Nederland een dergelijke tentoonstelling te zien geweest.<sup>1612</sup> De lijkenshow was op zichzelf gezien niet verboden op grond van de WLB, aangezien de lijken in kwestie afkomstig waren uit China.<sup>1613</sup>

1607 "Lijkbezorging geschiedt door begraving, verbranding of op andere bij of krachtens de wet voorziene wijze."

1608 Zie art. 70 WLB io. art. 20 e.v. Besluit op de lijkbezorging.

1609 Om precies te zijn worden via plastinatie het water en de vetten in biologische weefsels vervangen door vloeibare polymeren zoals siliconen en polyester.

1610 Curator van *Körperwelten* is de uitvinder van de plastinatie-techniek: Gunther von Hagens.

1611 Zie onder meer G. Reijn, "Lijkencircus is miljoenenonderneming", *Volkskrant* 15 november 2006.

1612 In de Amsterdamse Beurs van Berlage.

1613 In China zijn op het moment van schrijven meerdere 'lijkenfabrieken' gevestigd. In 2006 waren minstens 10 fabrieken in bedrijf. (zie D. Barboza, "China Turns Out Mummified Bodies for Displays", *The New York Times*, 8 augustus 2006). De concurrerende fabrieken leveren aan onder meer



Waren de lijken van Nederlandse bodem geweest, dan zou de WLB hoogstwaarschijnlijk aan plastinatie in de weg hebben gestaan. Slechts conservering in het kader van wetenschappelijke ontleding is immers toegestaan. De vraag wordt daarmee of deze tentoonstellingen als wetenschappelijk kunnen worden aangemerkt. Aangezien de lijkenshows vooral commerciële doeleinden nastreefden, is dat ten zeerste te betwijfelen. Bij gevolg is de juridische situatie dat het plastineren van lijken voor louter commerciële doeleinden in Nederland verboden is, maar shows die geïmporteerde, geplastineerde lijken commercieel exploiteren wel zijn toegestaan.<sup>1614</sup> Wat dat betreft is er sprake van een wettelijke inconsistentie.

In Engeland gold een soortgelijke juridische situatie, totdat de *Human Tissue Act* in 2006 naar aanleiding van deze tentoonstellingen werd aangescherpt. Voortaan is “the public display of the body of a deceased person or relevant material which has come from the body of a deceased person” afhankelijk van een vergunning (art. 16 *Human Tissue Act*). In Nederland lijkt men voorlopig echter geen aanstalte te maken tot het opstellen van dergelijke wetgeving.

In 2009 heeft de Franse rechter in kort geding een concurrerende anatomische expositie met uitsluitend Chinese lijken, genaamd *Our Body. A corps ouvert*, een halt toegevoegd.<sup>1615</sup> In hoger beroep werd de uitspraak bevestigd.<sup>1616</sup> De rechter in eerste aanleg legde de nadruk op het respect voor het gestorven lichaam (artikel 16-1-1 *Code Civil*), en leidde uit dit beginsel af dat lijken niet voor commerciële doeleinden mogen worden gebruikt, maar op een begraafplaats thuishoren. Voor de rechter in hoger beroep was daarentegen vooral van belang dat de herkomst van de lijken dubieus was, en onduidelijk was of de betrokkenen wel hadden ingestemd met het tentoonstellen van hun stoffelijk overschot. Met deze uitspraken traden beide rechterlijke instanties in de voetsporen van het CCNE, dat reeds in 2007 ten aanzien van Von Hagens' lijkenshow, *Körperwelten*, een negatief ethisch advies had afgegeven.<sup>1617</sup>

Samenvattend kan er met Den Hartogh worden vastgesteld dat er bij nadere inspectie in de praktijk nogal weinig van een zelfbeschikkingsrecht na de dood overblijft:

---

*Körperwelten* en *Bodies: The Exhibition*. De geprepareerde lijken worden voor miljoenen euro's verhuurd.

1614 De controverse was er in Nederland niet minder om. Zo wezen tegenstanders van de shows erop dat er een groot risico bestaat dat de lichamen afkomstig zijn van geëxecuteerde gevangenen. De organisatoren ontkenden dit echter ten stelligste. Desondanks is het onduidelijk gebleven of de degenen om wiens lichaam het gaat bij leven toestemming hebben gegeven voor het tentoonstellen van hun lichaam (zie onder meer “Omstreden lijkenexpo strijkt neer in Amsterdam”, *Volkscrant* 14 november 2006, zie <[www.volkscrant.nl/binnenland/article369324.ece](http://www.volkscrant.nl/binnenland/article369324.ece)>).

1615 TGI Paris, 21 april 2009, *JCP* 2009, act. 225.

1616 CA Paris, 30 april 2009.

1617 CCNE 23 november 2007, *Les Cahiers du CCNE* nr. 54, 2008, p. 52-53.

“Eigenlijk heb je met betrekking tot je lichaam na je dood alleen de volgende keuze-mogelijkheden: je kunt het (binnen 36 uur en 5 dagen na overlijden) laten begraven of cremen, je kunt het geheel of gedeeltelijk ter beschikking stellen aan de wetenschap, en je kunt je organen en weefsels bestemmen voor transplantatiedoeleinden als zij daar goed genoeg voor zijn, en dan nog alleen als je familie geen veto uitsprekt. *That's it*. Je kunt niet, in navolging van Jeremy Bentham, je lichaam laten opzetten in een vitrine van de hal van de universiteitsbibliotheek, je kunt het niet in een lege kano de oceaan opsturen, je kunt het niet op laten voeren aan de tijgers in Artis,<sup>1618</sup> en niet eisen dat het in je bed blijft liggen tot het weggerot is.”<sup>1619</sup>

Het zal niet verbazen dat Den Hartogh eveneens van mening is dat in de discussies rond orgaandonatie een te centrale positie wordt toegekend aan het lichame-lijk zelfbeschikkingsrecht, een recht dat in de rechtspraktijk dermate “uitgehold”, “uitgekleed” en “dramatisch ingeperkt”<sup>1620</sup> is dat we ons kunnen afvragen of het überhaupt wel uit het geldende recht kan worden afgeleid. Dat het lijk een speciale status toekomt in het recht, vormt ook volgens Den Hartogh geen uitdrukking van het zelfbeschikkingsrecht van de overledene, maar van het respect dat het dode lichaam en de voormalige persoon in onze maatschappij toekomt.

Men kan daarom stellen dat het in het recht tot uitdrukking gebrachte respect voor het gestorven lichaam het product is van “conventies van betekenisgeving”, om Den Hartoghs woorden aan te halen, en dat het recht op dat punt in de voet-sporen treedt van bestaande “symbolische conventies”.<sup>1621</sup> Bij de regulering van de omgang met het gestorven lichaam is voor overwegingen van symbolische aard onvermijdelijk een plaats weggelegd. De conclusie moet luiden dat de juridische bescherming van het lijk uiting geeft aan een in onze cultuur verankerd respect voor de doden, en niet aan een postmortale beschikkingsbevoegdheid. Binnen dit juridische kader is vervolgens weliswaar plaats voor postmortale werking van het toestemmingsbeginsel ingeruimd, maar dat doet niet af aan de juridische beschermwaardigheid van het gestorven lichaam als objectieve rechtswaarde. De bescherming die aan de symbolisch-juridische persoon toekomt is immers gegrond op een bepaalde interpretatie van de menselijke waardigheid, en daarmee onafhankelijk van het subjectieve oordeel van de persoon. Zij is verbonden met de symbolische status die het gestorven lichaam in deze cultuur geniet. Bovendien, ook wanneer een postmortaal zelfbeschikkingsrecht ten grondslag zou liggen aan de bestaande regulering, kan men zich afvragen wat de ratio daarvan kan zijn. Waarom zou er na de dood rekening moeten worden gehouden met een ieders wensen? Het antwoord op deze vraag zal onvermijdelijk verwijzen naar de nagedachtenis van de persoon, het voortbestaan van de eerbiedwaardigheid

<sup>1618</sup> Zoals Den Hartogh ook zelf aangeeft, is dit voorbeeld afkomstig uit Leenens Handboek.

<sup>1619</sup> Den Hartogh 2003b, p. 44.

<sup>1620</sup> Den Hartogh 2003b, p. 45.

<sup>1621</sup> Den Hartogh 2003b, p. 53-54.

van de persoon na zijn dood en de symbolische verbondenheid van het gestorven lichaam met de persoon zoals hij bij leven was. Zelfs een postmortaal zelfbeschikkingsrecht berust daarmee uiteindelijk niet op het technisch-juridische maar het symbolisch-juridische persoonsbegrip.

Aangezien de bestaande juridische bescherming van het gestorven lichaam niet kan worden herleid tot een postmortaal zelfbeschikkingsrecht, en gezien het feit dat slechts een beperkt aantal handelingen met betrekking tot het gestorven lichaam mogelijk is, laat de vraag zich stellen of de bestaande regulering in bepaalde gevallen niet botst met de vrijheidsrechten, zoals bijvoorbeeld het recht op privacy of het recht op godsdienstvrijheid. In Frankrijk, waar men een soortgelijke regeling voor lijkbezorging kent als in Nederland, is tot tweemaal toe de wettelijke toelaatbaarheid van cryonics bij de Conseil d'État ter discussie gesteld.<sup>1622</sup> In de tweede zaak, de bekende en reeds aangehaalde *Martinot*-zaak,<sup>1623</sup> spitste het rechtsoordeel zich toe op de vraag of deze vorm van lijkbezorging wordt beschermd door de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst van artikel 9 EVRM. De Conseil d'État oordeelde van wel, maar achtte het wettelijke verbod op cryonics gedekt door de geoorloofde beperkingen van de godsdienstvrijheid die in artikel 9 lid 2 EVRM zijn neergelegd. De eiser in de zaak, de zoon van het ingevroren echtpaar, deelde na het rechtsoordeel aan de pers mee van plan te zijn de zaak aan het EHRM voor te leggen. Nadat de vriezer waarin zijn ouders lagen ingevroren het begaf, zag de zoon zich echter alsnog gedwongen zijn ouders te cremieren,<sup>1624</sup> zodat het van een klacht tegen Frankrijk niet meer is gekomen. Het is desondanks waarschijnlijk dat dergelijke zaken, waarin traditionele manieren van lijkbezorging worden betwist, in de toekomst alsnog bij het Hof aanhangig zullen worden gemaakt.

Gelet op de beschermwaardigheid van het gestorven lichaam die in het bestaande recht tot uitdrukking wordt gebracht, is het verbazingwekkend dat het Nederlandse recht, in tegenstelling tot bijvoorbeeld het Franse recht (artikel 225-17 Code Pénal<sup>1625</sup>), geen algemeen verbod op lijkschennis kent. In wetten als de WOD en WLB liggen verboden op verschillende handelingen met lijken vervat, maar een overkoepelend verbod op lijkschennis ontbreekt in het strafrecht. Slechts grafschennis, het opgraven van een lijk en andere verstoringen van de rustplaats

1622 CE 29 juli 2002; CE 6 januari 2006, *Recueil Dalloz* 2006, IR, 327 (*Martinot*).

1623 Zie 7.6.2.

1624 Volgens een bericht op de site van BBC News, 16 maart 2006 (zie <[www.news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4814540.stm](http://www.news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4814540.stm)>).

1625 "Toute atteinte à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende. La violation ou la profanation, par quelque moyen que ce soit, de tombeaux, de sépultures, d'urnes cinéraires ou de monuments édifiés à la mémoire des morts est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende. La peine est portée à deux ans d'emprisonnement et à 30000 euros d'amende lorsque les infractions définies à l'alinéa précédent ont été accompagnées d'atteinte à l'intégrité du cadavre."

worden bestraft als misdrijven tegen de openbare orde.<sup>1626</sup> Het ontbreken van een verbod op lijkschennis heeft A-G Van Dorst doen verzuchten dat:

“de wetgever van 1881 zich niet erg bekommerd heeft om het respect van de overledenen. De strafbepalingen in titel V van boek II van het WvSr maken dan ook een weinig doordachte indruk. [...] Lijkschennis op zichzelf valt dus niet onder de strafwet. [...] Dat is merkwaardig nu grafschennis wel een apart misdrijf oplevert. Dat betekent dat de beschadiging of vernieling van een gedenksteen (een stuitend delict volgens de memorie van toelichting) wel bestraft kan worden, maar dat het – wezenlijk veel stuitender – beschadigen van een stoffelijk overschot niet zonder meer strafbaar is.”<sup>1627</sup>

Een aantal jaren na deze uitspraak heeft de Hoge Raad deze strafrechtelijke leemte via een opzienbarende constructie opgevuld, die Van Dorst overigens al in zijn conclusie had geopperd. De zaak in kwestie betrof openbare geweldpleging tegen een persoon, die op zeker moment tijdens de geweldpleging overleed. Een van de vragen in het arrest<sup>1628</sup> luidde of het schoppen tegen een dood lichaam kan worden opgevat als openlijke geweldpleging tegen een persoon of goed (artikel 141 Sr). Bij gebreke aan een strafbaarstelling van lijkschennis, vormt artikel 141 Sr immers de enige mogelijkheid in casu voor veroordeling. Het opzienbarende oordeel van de Hoge Raad luidde dat het schoppen tegen een lijk moet worden gezien als geweldpleging tegen een goed. Met andere woorden, volgens de Hoge Raad kan een lijk als een goed in strafrechtelijke zin worden opgevat. Daarmee verwijderde de hoogste rechter zich in zijn strafrechtelijke benadering van de heersende privaatrechtelijke visie op het lijk.

Hoewel de oplossing van de Hoge Raad inventief kan worden genoemd, onderstreept zij de noodzaak tot een aparte strafrechtelijke regeling van lijkschennis te komen. De gevonden constructie is in de woorden van Blok inderdaad “weinig elegant” te noemen,

“omdat hiermee het lichaam van de overledene op een lijn wordt gesteld met bus-hokjes, lantarenpalen en vuilnisemmers. Een dergelijke kwalificatie doet mijns inziens geen recht aan het respect voor de menselijke waardigheid die op zijn minst ten dele nog aan het dode lichaam kleeft, getuige onder meer de gelding van het grondrecht op de onaantastbaarheid van het lichaam”.<sup>1629</sup>

Met Blok ben ik het eens dat het passender was geweest als de Hoge Raad het strafrechtelijk persoonsbegrip van artikel 141 extensief had uitgelegd, en daaronder ook

---

1626 Art. 148 t/m 151 Sr.

1627 Conclusie A-G Van Dorst sub 10 bij HR 30 januari 1996, NJ 1996, 263.

1628 HR 26 maart 2002, NJ 2004, 351.

1629 Blok 2003, p. 274.

het stoffelijk overschot van het slachtoffer zou hebben begrepen. Een dergelijke interpretatie zou in overeenstemming zijn geweest met een symbolisch-juridische benadering van de persoon. De Hoge Raad zou een dergelijke interpretatie hebben kunnen laten rusten op het beginsel van de menselijke waardigheid.

#### 8.2.4 *Het verbod op bepaalde vormen van kunstmatige voortplanting*

In de vorige twee paragrafen is gebleken dat in de Nederlandse rechtsdogmatiek omtrent de juridische status van het lijk en het verbod op de commercialisering van lichaams- en embryonaal materiaal, de menselijke waardigheid veelal als een verhuuld argument functioneert. De symbolische dimensie van deze juridische vraagstukken gaat in de meeste gevallen verscholen achter overwegingen van *piëteit* of *respect* voor het lichaam. Anders is dat met de regulering van nieuwe voortplantingstechnieken. Aan de symbolische voorstelling van de mens als vrij, gelijk en waardig wordt openlijk gerefereerd in de totstandkomingsgeschiedenis van de Embryowet en het Biogeneeskundeverdrag. En ook in de rechtsdogmatiek schuwt men niet het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid te noemen.

Een eerste mogelijke verklaring voor deze openlijke verwijzingen naar het symbolisch mensbeeld is dat deze technieken behoren tot de meest controversiële van de medische biotechnologie. Met name reproductief kloneren en kiembaangentherapie, ofwel genetische wijzigingen in de geslachtscellen die worden doorgegeven aan volgende generaties, worden geassocieerd met designer baby's en eugenetica. Maar niet alleen deze technologie die nog in ontwikkeling is wordt met scepsis benaderd. Ook een reeds toegepaste techniek als preïmplantatie genetische diagnostiek (PGD) ofwel embryoselectie heeft het nodige stof doen opwaaien, zoals met name bleek uit het debat over embryoselectie dat de nationale gemoederen in mei en juni 2008 bezig hield.

Intermezzo: het Nederlandse debat over embryoselectie. De vraag was of genetische selectie van embryo's voorafgaand aan implantatie (PGD) mag plaats vinden om te voorkomen dat erfelijke vormen van kanker, zoals borst- en eierstokkanker, op het nageslacht worden overgedragen. Staatssecretaris Bussemaker (PvdA) had in een televisieprogramma laten weten dat zij ook in deze gevallen PGD toelaatbaar achtte, hetgeen zij een dag later in een brief aan de Tweede Kamer bevestigde.<sup>1630</sup> De brief sloeg in als een bom, met name bij coalitie-partner de ChristenUnie. De politieke crisis die daarop volgde, domineerde wekenlang het nieuws. Waar de PvdA de nadruk legde op "het zelfbeschikkingsrecht van vrouwen en hun keuzevrijheid", stelde de ChristenUnie de beschermwaardigheid van iedere vorm van menselijk leven voorop.<sup>1631</sup>

<sup>1630</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 XVI, nr. 147.

<sup>1631</sup> Zie onder meer "Impasse in coalitie over embryoselectie", *NRC Handelsblad* 3 juni 2008.

De kwestie toont goed hoe de bestaande regelgeving over biomedische technieken berust op een kwetsbaar politiek compromis, dat bij een relatief geringe aanleiding barsten begint te vertonen. Ten tijde van de politieke rel was een wettelijk kader voor PGD in werking. Op grond van de kaderwet *Wet op bijzondere medische verrichtingen* was een lagere regeling tot stand gebracht, waarin voorwaarden aan PGD worden gesteld: het *Planningsbesluit klinisch genetisch onderzoek en erfelijkheidsadvisering* uit 2003. PGD mag volgens dit besluit bijvoorbeeld niet worden gebruikt om het geslacht van het toekomstige kind te kiezen, en evenmin om een geschikte donor voor een reeds bestaand kind te selecteren. Meer algemeen is op grond van dit Planningsbesluit genetische selectie van embryo's slechts toegestaan wanneer "de wensouders een individueel verhoogd risico hebben op een kind met een ernstige genetische aandoening of ziekte".<sup>1632</sup> Op basis van deze bepaling was embryoselectie ook in het geval van erfelijke vormen van kanker in principe toegestaan.<sup>1633</sup>

De twijfel over de toelaatbaarheid van embryoselectie bij deze ziekten was evenwel ontstaan door een brief van voormalig staatssecretaris Ross-Van Dorp. Daarin had zij gesteld dat embryoselectie niet is toegestaan in de gevallen waarin er uitsluitend een *risico* bestaat dat de ziekte zich later in het leven voor zal doen, zoals in het geval van borst- en eierstokkanker.<sup>1634</sup> PGD is slechts toelaatbaar wanneer men met zekerheid kan voorspellen dat de genetische aanleg zal resulteren in een ernstige aandoening, zo stelde Ross-Van Dorp. Daarmee bepleitte zij evenwel een inperking van de bestaande wettelijke ruimte voor genetische embryoselectie. Hangende de politieke besluitvorming op dit terrein, besloot het Academisch Ziekenhuis Maastricht – het enige ziekenhuis dat ten tijde van de discussie een vergunning had om deze behandeling te verrichten – embryoselectie voor dergelijke ziekten vooralsnog niet uit te voeren.

Met haar brief beoogde Bussemaker eigenhandig een einde te maken aan de onzekerheid die door de brief van Ross-Van Dorp was ontstaan. De ChristenUnie voelde zich echter gepasseerd in de besluitvorming, en eiste alsnog een debat op. Dat debat is er dubbel en dwars gekomen. Een val van het kabinet wist men daarbij ternauwernood te vermijden. Het volgende compromis werd uiteindelijk bereikt: embryoselectie zou voortaan ook voor deze aandoeningen mogen worden uitgevoerd. De toenmalige regeling voor PGD, het Planningsbesluit uit 2003, zou echter worden aangescherpt.<sup>1635</sup> Daarnaast werd plaats ingeruimd voor een landelijke toetsings- en richtlijnencommissie, die over de toelaatbaarheid van

1632 Bijlage bij het *Planningsbesluit 2003*, sub 3.4.

1633 Zie voor een overzicht en analyse van de juridische aspecten van deze controverse: J. Legemaate, "Embryoselectie: hellend vlak?", *NJB* 2008, nr. 24, p. 1480-1481; Van Beers 2009a, p. 110-114; en J. Somsen, *Rechtvaardige en doelmatige regulering van medische biotechnologie: embryoselectie en biobanken* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2009-I), Deventer: Kluwer 2009, p. 32-37.

1634 Zogeheten aandoeningen met variabele expressie of onvolledige penetrantie (*Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 XVI, nr. 136, p. 7).

1635 *Kamerstukken II* 2007/08, 29 323, nr. 46, p. 10.

specifieke vormen van embryoselectie zou moeten oordelen.<sup>1636</sup> Het akkoord is vastgelegd in de *Regeling preïmplantatie genetische diagnostiek* uit 2009.

Een andere belangrijke reden waarom de invloed van de menselijke waardigheid op dit terrein meer in het oog springt is dat de uitgangspunten bij regulering van voortplanting op geen enkele manier kunnen worden herleid tot subjectieve rechten: het gaat hier om de creatie van nieuw leven, en de voorwaarden waaronder een nieuwe mens ter wereld kan komen. Zoals Heyd stelt hebben we hier met “genesis problems” van doen.<sup>1637</sup> De vragen die nieuwe voortplantingstechnieken oproepen hebben te maken met het toekomstige leven van personen die er nog niet zijn, en wiens “informed consent” of rechten de beslissingen dus niet kunnen rechtvaardigen of tegenhouden.<sup>1638</sup> In dergelijke gevallen wordt slechts toestemming van de ouders die het embryo of embryonaal materiaal doneren vereist. Bij het afstaan van lichaamsdelen, of de beschikking over het lijk, kan het toestemmingsvereiste van het subject zelf daarentegen wel een rol spelen. Kortom, meer nog dan bij andere biomedische technieken is de mens via kunstmatige voortplanting het product, en niet het subject, van menselijk handelen. De beslissingen die in het kader van kunstmatige voortplanting worden gemaakt betreffen niet minder dan het genetische lot van toekomstige personen, hun biologische zijswijze, en zelfs de toekomst van de mensheid. De medicalisering van de voortplanting roept op die manier vragen op over de totstandkoming van mensen die vroeger als een natuurlijk gegeven of als blind toeval werd gezien: wat voor een mensen willen we, van welk geslacht, met welke genetische eigenschappen, onder welke condities, en wie mag dat beslissen? Voor een antwoord op dergelijke vragen is een beroep op de natuurlijke of biologische feiten een doodlopende weg, nu het juist de biologische eigenschappen van toekomstige mensen zijn die kunnen worden veranderd. Op het moment dat de menselijke natuur geen onveranderlijk gegeven meer is, wordt een beroep op symbolische categorieën onvermijdelijk, wanneer men de biomedische ontwikkelingen aan zekere beperkingen wil onderwerpen. Vanuit dat perspectief is het niet vreemd dat een contrafactisch beginsel als de menselijke waardigheid een belangrijke leidraad is gebleken in beleid en regelgeving.

In de context van deze paragraaf zal ik me niet richten op de *ethische* vragen in welke gevallen en onder welke voorwaarden ouders zich zouden mogen bemoeien met de genetische *make-up* van hun nageslacht. In plaats daarvan wil ik schetsen op welke manieren aan een symbolisch mensbeeld wordt gerefereerd in de

<sup>1636</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 29 323, nr. 46, p. 11.

<sup>1637</sup> D. Heyd, *Genethics. Moral issues in the creation of people*, Berkeley/Los Angeles/Oxford: University of California Press 1992, p. 2 e.v.

<sup>1638</sup> Al hoewel ook wel wordt gepropageerd uit te gaan van een hypothetische of anticipatoire instemming van de ongeborene. Het uitgangspunt dient dan te zijn of het waarschijnlijk is dat de ongeborene na zijn geboorte zou instemmen met de handeling (zie onder meer Habermas 2002, p. 78-79).

bestaande *juridische* regulering. Een dergelijke verkenning biedt de mogelijkheid om verschillende andere deelaspecten van de juridische conceptie van de menselijke waardigheid aan bod te laten komen. In de vorige paragrafen kwam met name de lezing van menselijke waardigheid als uitdrukking van de eenheid van persoon en lichaam aan bod. Daarnaast werd gerefereerd aan het onderscheid tussen prijs en waardigheid. In eerdere hoofdstukken werd de menselijke waardigheid bovendien in verband gebracht met het vermogen van de mens zelf zijn leven in te richten en zijn eigen wetgever te zijn. In deze paragraaf worden andere kernelementen van de menselijke waardigheid behandeld: de grens tussen mens en dier, het verbod op instrumentalisering van de mens en daarmee samenhangend de gelijkheid van personen, en tot slot de vrijheid en uniciteit van de mens. Omdat het op dit juridische terrein is dat de menselijke waardigheid haar meest geprononceerde uitdrukking vindt, kunnen op deze manier de contouren van dit beginsel zichtbaar worden, hetgeen goed van pas komt voor de rest van dit hoofdstuk.

Een eerste aspect van de menselijke waardigheid ligt reeds in het adjectief *menselijk* besloten. De menselijke waardigheid brengt een *absolute grens tussen mens en dier* aan, ook daar waar mens en dier op biologisch niveau wellicht relatief weinig van elkaar verschillen, zoals in het geval van mensapen. Het verbod op de creatie van meercellige hybriden van mens en dier (artikel 25 sub a Embryowet) of het zich laten ontwikkelen van chimères langer dan 14 dagen (artikel 25 sub b Embryowet) kan worden begrepen als een afgeleide van deze gedachte.<sup>1639</sup> De MvT bij de Embryowet geeft echter geen uitleg op dit punt. Blijkbaar achtte de wetgever het zo vanzelfsprekend dat het totstandbrengen van mens-dier-combinaties strijdig is met de uitgangspunten van de wet, te weten de menselijke waardigheid en respect voor menselijk leven,<sup>1640</sup> dat nadere toelichting zijns inziens overbodig was. Expliciet is de MvT over het verbod op implantatie van een dierlijk embryo in een mens of omgekeerd (artikel 25 sub c en d Embryowet):

<sup>1639</sup> Hierbij dient opgemerkt te worden dat uit deze bepalingen blijkt dat de creatie van hybriden en chimères binnen zekere wettelijke grenzen is toegestaan: eencellige hybriden behoren niet tot de verboden handelingen van de Embryowet (art. 25 sub a Embryowet), net zo min als chimères tot aan de ontwikkelingsgrens van 14 dagen (art. 25 sub b Embryowet). Ook in het Verenigd Koninkrijk worden vergunningen verstrekt voor het totstandbrengen van hybriden. Voor de creatie van een specifieke vorm van mens-dier-combinaties, de zogenaamde *cytoplasmische hybride embryo's*, heeft de Britse autoriteit voor voortplantingstechnieken en -onderzoek (de HFEA) in september 2007 een vergunning verleend. Wel dienen de embryo's binnen 14 dagen na de creatie vernietigd te worden. Al hoewel de Britse wetgever een wet voorbereidt over de toelaatbaarheid van mens-dier-combinaties, wilde de HFEA deze wetgeving niet afwachten, aangezien dat de ontwikkelingen te veel zou stremmen (BBC News, 5 september 2007, <[www.news.bbc.co.uk/2/hi/health/6978384.stm](http://www.news.bbc.co.uk/2/hi/health/6978384.stm)>).

<sup>1640</sup> *Kamerstukken II* 2000/01, 27 423, nr. 3, p. 5.



“Al is het onwaarschijnlijk dat een weldenkend mens er ooit toe zou willen overgaan een menselijk embryo in de baarmoeder van een dier te laten opgroeien of een dierlijke embryo in de baarmoeder van een mens, hebben wij een verbod op dit soort handelingen voor alle duidelijkheid expliciet onder woorden gebracht. Bij deze handelingen worden immers willens en wetens natuurlijke barrières doorbroken, hetgeen indruist tegen ieder gevoel voor respect en piëteit jegens mens en dier.”<sup>1641</sup>

Uit deze passage blijkt dat een bepaalde eerbied voor de “natuurlijke barrières” tussen mens en dier doorslaggevend is geweest voor het verbod. Ook al wordt hier niet expliciet aan de menselijke waardigheid gerefereerd, deze argumentatie komt overeen met het onderscheid tussen mens en dier dat door het juridische beginsel van de menselijke waardigheid wordt voorondersteld. Het is precies dit “antropocentristische” aspect van de menselijke waardigheid dat onder vuur ligt van dierenrechten-denkers als Singer en Cliteur. Net als Singer is Cliteur van mening:

“dat het vermogen tot lijden een beter uitgangspunt vormt voor een ecologievriendelijke, meer in het bijzonder diervriendelijke, benadering van mensenrechten dan de dominante richting die met de filosofie van Kant verbonden is. Kant’s accentuering van de *menselijke* waardigheid (het woord geeft het al aan) introduceerde een sterk antropocentrische tendens in het denken over mensenrechten.”<sup>1642</sup>

Om die reden is de menselijke waardigheid volgens hem en Ellian een discriminerende notie.<sup>1643</sup> Een verwante gedachtegang is herkenbaar in een aantal recente wetsvoorstellen waarmee een verbetering van de juridische positie van het dier wordt beoogd. Niet alleen worden in deze voorstellen rechten aan dieren toegekend,<sup>1644</sup> maar ook wordt gesproken van de waardigheid van het dier. Zo wordt in een voorstel voor een overkoepelende wet ter regulering van handelingen met dieren, de *Wet dieren*, aan dieren een eigen waardigheid toegekend: “De intrinsieke waarde van het dier wordt erkend” (artikel 1.3 *Wet dieren*).<sup>1645</sup> De vraag is hoe ver deze intrinsieke waarde gaat, en of dieren daarmee niet langer als zaak

1641 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 423, nr. 3, p. 48.

1642 P.B. Cliteur, *Darwin, dier en recht*, Amsterdam: Boom 2001, p. 59.

1643 “De menselijke waardigheid is welbeschouwd een discriminerende notie, omdat het een onderscheid maakt waar geen onderscheid gemaakt zou mogen worden. Het lijkt niet al te speculatief te veronderstellen dat deze tijd wordt gekenmerkt door een morele blinde vlek jegens dieren en dat we over tweehonderd jaar met dezelfde verbazing naar de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens kijken als wij nu naar een of andere codificatie van de rechten van bepaalde standen of een democratie die slaven of vrouwen uitsluit” (P.B. Cliteur en A. Ellian, *Grondslagen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 188).

1644 Zoals in twee reeds besproken wetsvoorstellen (zie 7.3.2). Deze voorstellen betreffen een strafrechtelijk verbod op bestialiteit (*Kamerstukken II* 2006/07, 31 009, nr. 2) en een uitbreiding van de zorgplicht van art. 21 Gw om ook dierenwelzijn te omvatten (*Kamerstukken II* 2006/07, 30 900, nr. 2).

1645 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 389, nr. 2.

in juridische zin mogen worden opgevat. De stelling dat aan dieren in een hogere morele status toekomt dan levenloze objecten, doet weinig stof opwaaien. In dat opzicht is het juist wanneer men stelt dat het privaatrechtelijke onderscheid tussen persoon en zaak niet alleen tekortschiet bij het duiden van de juridische status van het menselijk lichaam en embryo, maar ook bij de juridische status van het dier.

Aanhangers van dierenrechten gaan evenwel verder dan dat, en betogen dat de intrinsieke waarde van het dier niet of nauwelijks verschilt van de waardigheid van de menselijke persoon. Zij nemen geen genoegen met een juridische status op grond waarvan rechtssubjecten aan dieren een zeker respect verschuldigd zijn, zoals bijvoorbeeld via een verbod op dierenmishandeling, maar eisen niet minder dan rechtssubjectiviteit voor dieren op. Hun conclusie luidt niet dat men op zoek moet gaan naar nieuwe juridische concepten om de bijzondere waarde van dieren tot uitdrukking te brengen, maar dat het bestaande concept van de menselijke waardigheid volledig heeft afgedaan. Persoonlijkheid is volgens hen niet voorbehouden aan mensen.

Deze benadering in het debat over de juridische status van dieren is te vergelijken met de benadering van zowel pro-life als pro-choice aanhangers in het debat over de juridische status van menselijke embryo's. Wat deze groeperingen met elkaar verbindt, is een zeker onvermogen om verder te kijken dan de zwart-wit-tegenstelling tussen wel of geen subjectiviteit. Een illustratie biedt de toelichting bij een door de Partij voor de Dieren voorgesteld wettelijk verbod op het onbedweld ritueel slachten van dieren:

“Volgens de wet is het onverdoofd slachten van dieren verboden om dieren te beschermen tegen stress, pijn en lijden voorafgaand en tijdens de slacht. De wet dient ertoe de zwakkeren in de samenleving te beschermen en heeft hiervoor adequate regelgeving ingesteld. Om dezelfde reden is in Nederland de besnijdenis van meisjes verboden, hoewel deze vanuit een religieuze rite is voorgeschreven.”<sup>1646</sup>

In dit citaat treedt een vervloeiing van de juridische grenzen tussen dier en mens openlijk aan het licht. Dieren dienen blijkens dit citaat in rechte niet zozeer als deel van het milieu te worden beschouwd (hetgeen het uitgangspunt vormt van bestaande regelgeving als de *Gezondheids- en Welzijnswet voor dieren*), maar veeleer als de zwakkere leden van de samenleving, die op vergelijkbare wijze als slachtoffers van vrouwenbesnijdenis dienen te worden beschermd tegen pijn en lijden. In een dergelijke benadering verschillen menselijke en dierlijke waardigheid nog maar in weinig opzichten van elkaar.

Een ander aspect van de menselijke waardigheid treedt op de voorgrond in het verbod op reproductief kloneren (artikel 24 sub f), geslachtsselectie (artikel 26)

<sup>1646</sup> *Kamerstukken II 2007/08*, 31 571, nr. 3, p. 10-11 (MvT).

en kiembaangetherapie (artikel 24 sub g) uit de Embryowet: het *onderscheid tussen personen en zaken*. Zaken kunnen ondergeschikt worden gemaakt aan menselijke doeleinden of behoefte-bevrediging, mensen zijn doelen op zichzelf. De parlementaire geschiedenis bij het verbod op geslachtskeuze verwoordt die gedachte in heldere bewoordingen:

“Centraal stond en staat voor ons het argument dat bij geslachtskeuze kinderen gereduceerd worden tot louter voorwerp van de wensen en verlangens van hun ouders. De voortplanting krijgt daardoor, zo gaven wij aan, een instrumenteel karakter. Wij vinden geslachtskeuze om niet-medische redenen een stap te ver. Een stap die indruist tegen het algemene besef dat kinderen meer zijn dan een behoefte-bevrediging van ouders.”<sup>1647</sup>

Dit verbod op instrumentalisering van de mens behoort tot de kerngedachten van de menselijke waardigheid. Uit dit deelaspect van de menselijke waardigheid blijkt wederom de blijvende invloed van Kant op het beginsel. Het is met name zijn volgende formulering van de categorische imperatief die we erin terug kunnen zien: *Handel zo dat jij het menszijn, zowel in eigen persoon als in de persoon van ieder ander altijd tegelijk als doel, nooit louter als middel gebruikt.*<sup>1648</sup> Het onderscheid tussen prijs en waardigheid, zoals dat in 8.2.2 werd beschreven, is eveneens op deze formulering van de categorische imperatief terug te voeren. Kant spreekt in dat verband ook wel van het *principe van het menszijn*<sup>1649</sup> (“Prinzip der Menschheit”). Ter onderbouwing van dit principe benadrukt hij het onderscheid tussen personen en zaken:

“De waarde van elk voorwerp dat door onze handeling *verkregen kan worden*, [is] altijd voorwaardelijk. De wezens die hun bestaan wel niet aan onze wil, maar aan de natuur ontleen, hebben toch, als het redeloze wezens betreft, slechts een relatieve waarde als middel en worden daarom *zaken* genoemd. Redelijke wezens daarentegen worden *personen* genoemd omdat hun natuur hen reeds onderscheidt als doelen op zichzelf, dat wil zeggen: als iets dat niet slechts als middel gebruikt mag worden en dus in zoverre alle willekeur inperkt.”<sup>1650</sup>

Deze kantiaanse lezing van menselijke waardigheid en het daaruit afgeleide instrumentaliseringsverbod zijn invloedrijk in de regulering van de medische biotechnologie. Zo wordt het eveneens als belangrijk argument tegen reproductief kloneren genoemd in onder meer de MvT bij de Embryowet<sup>1651</sup> en het

1647 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 423, nr. 3, p. 48 (MvT).

1648 Kant [1785] 1997, p. 84.

1649 Kant [1785] 1997, p. 87.

1650 Kant [1785] 1997, p. 83-84.

1651 “Naast deze argumenten van meer praktische aard hanteert het Protocol als principiële argument tegen het kloneren van mensen de stellingname dat instrumentalisatie van mensen

*Explanatory Report* bij het Kloonprotocol van der Raad van Europa.<sup>1652</sup> Bovendien beschouwt men het instrumentaliseringsverbod als een belangrijk argument in de discussie over kiembaangetherapie en PGD, met name PGD ter selectie van een embryo dat na de geboorte kan dienen als donor van beenmerg, navelstrengbloed of stamcellen voor een ziek broertje of zusje.<sup>1653</sup> Tot slot speelde dit principe een belangrijke rol in de discussie rondom wrongful birth. Een van de centrale vragen luidde toen immers of toewijzing van een wrongful birth claim niet berust op een reductie van het leven van het kind tot een schadepost voor de ouders, en of de ouders het kind daarmee niet instrumentaliseerden ten behoeve van hun eigen welzijn.<sup>1654</sup>

Verwant aan de gedachte dat personen nooit louter als middel mogen worden gebruikt is de interpretatie van menselijke waardigheid als uitdrukking van de fundamentele gelijkheid van personen. Wanneer het mogelijk zou zijn om mensen te kloneren, of de genetische samenstelling van mensen voorafgaand aan de geboorte te bepalen, worden daarmee nieuwe soorten ongelijkheid tussen mensen in het leven geroepen: tussen klonen en hun origineel, tussen designer-baby's en hun 'designers', tussen natuurlijk verwekte en genetisch 'verbeterde' personen, tussen mensen met 'goede' en 'slechte' genen, etc.

Het laatste deelaspect van de menselijke waardigheid dat we uit de regulering van voortplantingstechnieken kunnen opmaken is de visie op de mens als vrij en uniek. Het wereldwijde verbod op kloneren vormt natuurlijk het beste voorbeeld van deze interpretatie van menselijke waardigheid. Niet alleen wordt het dupliceren van mensen als een flagrante ontkenning van de uniciteit van een ieders genetische uniciteit beschouwd, maar ook wordt gesteld dat de kloon in zijn vrij-

---

door het doelbewust creëren van genetisch identieke mensen in strijd is met de menselijke waardigheid en dus misbruik is van biologie en geneeskunde. [...] Wij delen ten volle het principiële argument dat het kloneren van menselijke individuen in strijd is met de menselijke waardigheid, hetgeen ook als een belangrijk argument in de overwegingen bij het protocol wordt genoemd" (*Kamerstukken II 2000/01, 27 423, nr. 3, p. 41-42 (MvT)*).

1652 "Further ethical reasoning for a prohibition to clone human beings is based first and foremost on human dignity which is endangered by instrumentalisation through artificial human cloning" (*Explanatory report to the additional protocol to the convention on human rights and biomedicine on the prohibition of cloning human beings*, sub 3).

1653 Voor deze vorm van PGD wordt in Nederland vooralsnog geen vergunning verstrekt, zo blijkt uit bijlage 2 bij de *Regeling preïmplantatie genetische diagnostiek* 2009 (zie nader 7.6.1). Een veel gehoorde kritiek op deze regelgeving is dat een wettelijk onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen gevallen waarin het kind inderdaad louter als donor wordt geconcepeerd, en de gevallen waarin het kind tegelijkertijd omwille van zichzelf is gewenst. Via gesprekken zou de arts dan moeten bepalen van welk geval er sprake is (zie onder meer Gezondheidsraad, *Preïmplantatie genetische diagnostiek en screening*, Den Haag: Gezondheidsraad 2006, p. 47 en p. 67-68; G. den Hartogh, "Mijn broeders hoeder. Een kind verwekken voor transplantatiedoel-einden", *Medisch Contact*, 2002, nr. 3 (18 januari), p. 104-106; G. de Wert, *Met het oog op de toekomst. Voortplantingstechnologie, erfelijkheidsonderzoek en ethiek* (diss. Rotterdam), Amsterdam: Thela Thesis 1999, p. 168-170).

1654 Zie hierover hoofdstuk 5.

heid is aangetast, aangezien hij in de wetenschap verkeert dat iemand anders met exact hetzelfde genetische profiel hem reeds is voorgegaan. In het *Explanatory Report* bij het Kloonprotocol formuleert men het als volgt:

“Deliberately cloning humans is a threat to human identity, as it would give up the indispensable protection against the predetermination of the human genetic constitution by a third party. [...] As naturally occurring genetic recombination is likely to create more freedom for the human being than a predetermined genetic make up, it is in the interest of all persons to keep the essentially random nature of the composition of their own genes.”<sup>1655</sup>

De vrees voor de gevolgen van de genetische kneedbaarheid van de mens voor de menselijke vrijheid ligt natuurlijk eveneens terug ten grondslag aan het verbod op genetische wijzigingen in de kiembaan (artikel 24 sub g Embryowet).

De vraag is echter in hoeverre genetische programmering of kloneren werkelijk in de weg staat van menselijke vrijheid. Door sceptici wordt wel gesteld dat dit argument op een overschatting van de effecten van genetische aanleg berust. Inderdaad moeten omgevingsfactoren en opvoeding niet worden onderschat als essentiële factoren bij de identiteitsvorming. Daarnaast wordt aangevoerd dat klonen reeds in de natuur bestaan, zoals in het geval van eeneiïge tweelingen. Ook in de MvT bij de Embryowet is men er nog niet over uit of genetische manipulatie van het embryo strijdig is met de menselijke waardigheid:

“Ethische reflectie over de principiële vraag of het aanbrengen van wijzigingen in het genetisch materiaal van de kiembaan toelaatbaar kan zijn, vindt nog nauwelijks plaats. Wij vinden een dergelijke reflectie echter van groot belang. Het gaat immers om principiële vragen als de vraag of respect voor de waardigheid van de menselijke persoon de erkenning moet inhouden van het recht om een niet door gericht menselijk ingrijpen veranderd genetisch patroon te erven of dat therapie op het niveau van de kiembaan juist aan dat beginsel toekomt.”<sup>1656</sup>

De wetgever heeft zijn vingers niet willen branden aan een definitief oordeel over de vraag wat menselijke waardigheid in deze context betekent. In de MvT wordt dan ook gekozen voor een voorlopig verbod op kiembaangetherapie aangezien “de techniek [...] wetenschappelijk gezien nu immers nog niet toe [is] aan klinische toepassing van de mens”.<sup>1657</sup> Met andere woorden, gezien de huidige stand van de techniek wordt kiembaangetherapie, los van mogelijke ethische bezwaren, ontoelaatbaar geacht wegens gevaar voor de volksgezondheid. Uiteraard is dit argument evenzeer van toepassing op het reproductief kloneren van

---

<sup>1655</sup> *Explanatory report*, sub 3.

<sup>1656</sup> *Kamerstukken II 2000/01*, 27 423, nr. 3, p. 45 (MvT).

<sup>1657</sup> *Kamerstukken II 2000/01*, 27 423, nr. 3, p. 46 (MvT).

mensen, maar zoals we hebben gezien heeft de wetgever daar wel gekozen voor een principiële stellingname.

Hoewel over de vraag of de menselijke vrijheid wordt aangetast door deze nieuwe technieken kan worden getwist, met name daar waar deze technieken worden ingezet ter voorkoming van ziekten bij het nageslacht, is het onmiskenbaar dat het mensbeeld van menselijke waardigheid onder druk is komen te staan van het biogenetische mensbeeld. De geloofwaardigheid van het beeld van de mens als uniek, vrij en gelijk heeft te lijden onder de ontsluiting van het menselijk genoom. De nieuwe kennis en technieken laten zien dat de menselijke waardigheid niet kan worden gebaseerd op de wetenschappelijke feiten. Daarmee wordt opnieuw bevestigd dat de mensheid, menselijkheid en menselijke waardigheid waarnaar in deze wetsteksten en mensenrechten-verdragen wordt verwezen, symbolische en contrafactische categorieën zijn. Dat maakt deze begrippen tot breekbare concepten, waarvan de 'waarheid' en 'werkelijkheid' alleen maar meer zullen worden betwist. Een dergelijke desymbolisering is in het recht reeds waar te nemen. Voordat ik inga op de oorzaken en effecten van deze desymbolisering, zal ik eerst stilstaan bij het symbolische karakter van het persoonsbegrip, zoals dat met name uit het mensbeeld van de mensenrechten blijkt. Vanuit een dergelijk perspectief is het symbolisch-juridisch persoonsbegrip een *antropologische montage*.

### 8.3 De menselijke persoon als antropologische montage

Het beginsel van de menselijke waardigheid kent een relatief kort bestaan in het recht. Hoewel de algehele idee van menselijke waardigheid al een lange geschiedenis heeft,<sup>1658</sup> werd het beginsel als zodanig pas via de preambule<sup>1659</sup> van het Handvest van de Verenigde Naties in het positieve recht geïntroduceerd (26 juni 1945). Het symbolisch-juridische persoonsbegrip, dat aan de juridische conceptie

1658 Zie over de geschiedenis van het begrip onder meer Pessers 2005; Th. de Koninck, "Archéologie de la notion de dignité humaine", in: Th. de Koninck en G. Larochelle (red.), *La dignité humaine. Philosophie, droit, politique, économie, médecine*, Parijs: PUF 2005, p. 13-50; P.B. Cliteur en R.G.T. van Wissen, "De menselijke waardigheid als grondslag voor mensenrechten. Een beschouwing over het werk van Kant en Schopenhauer in relatie tot de filosofische reflectie over de mensenrechten", in: G.A. van der List (red.), *De rechten van de mens. Liberale beschouwingen*, Den Haag: Teldersstichting 1998; J. Romein, "Over de menselijke waardigheid. Uit de geschiedenis van een begrip", in: J. Romein, *Historische lijnen en patronen. Een keuze uit de essays*, Amsterdam: Querido 1976, p. 119-146.

1659 "Wij, de volken van de Verenigde Naties, vastbesloten komende geslachten te behoeden voor de gesel van de oorlog, die tweemaal in ons leven onnoemelijk leed over de mensheid heeft gebracht, en opnieuw ons vertrouwen te bevestigen in de fundamentele rechten van de mens, in de waardigheid en de waarde van de menselijke persoon, in gelijke rechten voor mannen en vrouwen, alsmede voor grote en kleine naties [...]."

van menselijke waardigheid ten grondslag ligt, gaat echter terug tot het middeleeuwse canonieke recht.<sup>1660</sup>

In hoofdstuk 2 is beschreven hoe pas in het middeleeuwse canonieke recht een substantieel, inhoudelijk persoonsbegrip zijn intrede in het recht heeft gedaan. Het persoonsbegrip is sindsdien niet alleen een lege categorie die een juridisch-technisch doel dient, zoals in de romeinsrechtelijke traditie, maar wordt geacht mede een juridische representatie van de ‘ware’ mens te zijn. Je zou in dat verband kunnen spreken van een “vermenselijking van de rechtssubjectiviteit”<sup>1661</sup> die vanaf dan geleidelijk aan plaats heeft. Rechtshistoricus Deroussin beschrijft de overgang van een artificialistische benadering naar substantiële benaderingen van de mens in het recht als “le passage d’une conception fonctionnaliste-institutionnaliste de la personne à une conception anthropocentrique-ontologique”.<sup>1662</sup> Vanaf dat moment werd een bepaald concept van de mens en de menselijke natuur in het recht verankerd, en werd bijvoorbeeld een onderscheid gemaakt tussen de ware persoon (*persona vera*<sup>1663</sup> vergelijkbaar met de natuurlijke persoon) en de gefingeerde persoon (*persona ficta*<sup>1664</sup> vergelijkbaar met de rechtspersoon). Zoals Deroussin schrijft: “L’idée que la personne doive être assimilée à l’être humain apparaît pour la première fois chez les canonistes, qui ont tendance à n’admettre comme “personnes” que des êtres humains, les corps et collèges, communautés, n’étant réputés “personnes” que par fiction.”<sup>1665</sup> Het zal niet verbazen dat dit inhoudelijke, juridische persoonsbegrip uit het middeleeuwse recht aanvankelijk vooral was gekleurd door een christelijke visie op de mens: de mens als *imago Dei*, als evenbeeld van God. Onder invloed van met name de Verlichting is het symbolisch-juridisch persoonsbegrip echter gaandeweg geseculariseerd, zodat de weg open lag naar het seculier-natuurrechtelijke mensbeeld van de mensenrechten.

Binnen het denkkader van de mensenrechten is het aangeboren lidmaatschap van “de mensengemeenschap” het doorslaggevende criterium voor rechtssubjectiviteit gaan vormen. Op die manier krijgt de juridische persoon binnen deze traditie, meer dan in een technisch-juridische benadering, een gezicht, een stem en

1660 De invloed van het christelijk gedachtegoed uit de Oudheid en Middeleeuwen op het symbolisch-juridische persoonsbegrip is dan ook duidelijk zichtbaar. Daarbij moet echter de kanttekening worden geplaatst dat binnen deze fase van het christendom nog niet “sprake is van een formulering van fundamentele rechten en staatkundige principes,” maar veeleer van morele principes zonder uitwerking in politiek en recht (B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 25).

1661 Pessers 2005, p. 17.

1662 D. Deroussin, “Personnes, choses, corps” in: E. Dockès et G. Lhuilier (red.), *Le corps et ses représentations*, Collection ‘Théories et droit’, Dijon: Litec 2001, p. 110.

1663 Y. Thomas, “Le sujet concret et sa personne. Essai d’histoire juridique rétrospective”, in: O. Cayla en Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. A propos de l’affaire Perruche*, Gallimard/Le Débat 2002, p. 132.

1664 R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlandse privaatrecht. Inleidende hoofdstukken*, Leiden: E.J. Brill/Universitaire Pers Leiden 1994, p. 29.

1665 Deroussin 2001, p. 108.

een lichaam. Hoewel de juridische persoon op deze manier dicht bij de mens van vlees en bloed komt te staan, blijft het persoonsbegrip van de mensenrechten uiteraard een juridisch construct. Ook al zoekt dit begrip, in tegenstelling tot het technisch-juridisch persoonsbegrip, aansluiting bij de sociale, biologische en antropologische werkelijkheid, een bepaalde mate van abstractie en selectie van relevante aspecten is onvermijdelijk. Noch louter een technische constructie, noch louter een biologisch gegeven, moet dit persoonsbegrip daarentegen als een symbolische representatie van de mens worden begrepen, het product van een bepaalde ideële visie op de mens. Met andere woorden, het subject van de mensenrechten is een 'artefact' dat een bepaalde relatie met de geleefde werkelijkheid onderhoudt, maar daarmee geenszins samenvalt of überhaupt kan samenvallen.

Die afstand tot de werkelijkheid blijkt alleen al uit de veelvuldige kritiek die wordt en is geleverd op cultureel, politiek en filosofisch niveau op de universaliteitsaanspraken van de rechten van de mens. Het naoorlogse 'natuurrecht' wordt door critici vaak als een product van westers, imperialistisch denken afgeschilderd. Daarnaast staan met name het essentialisme en antropocentrisme van de mensenrechten haaks op de postmoderne gedachte van het einde van de grote verhalen.<sup>1666</sup>

Wanneer men het mensenrechtelijk gedachtegoed in een cultureel-antropologisch perspectief plaatst, moet men inderdaad tot de conclusie komen dat deze traditie onlosmakelijk is verbonden met het westerse beschavingsideaal. Vooral in het subject van de mensenrechten, de menselijke persoon, zijn de sporen van de westerse cultuur zichtbaar. Zoals verschillende Franse auteurs dat mooi uitdrukken, is de menselijke persoon behalve juridisch construct ook een *antropologische montage* ("montage anthropologique"), een antropologisch amalgaam waarin verschillende culturele en religieuze elementen duidelijk zijn te herkennen. In een beroemd artikel over het persoonsbegrip beschrijft de Franse antropoloog Mauss de evolutie van dit cultureel-antropologische persoonsbegrip als volgt:

"D'une simple masquerade au masque, d'un personnage à une personne, à un nom, à un individu, de celui-ci à un être d'une valeur métaphysique et morale, d'une

<sup>1666</sup> Kunneman maakt een onderscheid tussen culturele, relativistische en postmodern geïnspireerde kritiek op de mensenrechten (H. Kunneman, "De dubbele ambivalentie van de mensenrechten", in: H. Kunneman, *Van theemutscultuur naar walkman-ego. Contouren van postmoderne individualiteit*, Amsterdam/Meppel: Boom 1996, p. 65-92). Daarnaast kan worden gedacht aan epistemologische kritiek op de mensenrechten, die vooral de onbewijsbaarheid van deze rechten benadrukt, en de naturalistische drogredenering die erachter schuil zou gaan. Tot slot worden de mensenrechten ook vanuit communitaristische hoek ter discussie gesteld. Overigens zijn deze vormen van kritiek niet altijd goed van elkaar te onderscheiden. Zie verder onder meer C.W. Maris, "Oyaku sjinju. Over culturele minderheden in een liberale samenleving", in: A.W. Musschenga en F.C.L.M. Jacobs (red.), *De liberale moraal en haar grenzen*, Kampen: Kok 1992, p. 185-215; A. Soeteman, *De droom van recht. Zijn rechten nog van deze eeuw?* (preadvies Christen-Juristen Vereniging), Utrecht: Lemma 2002.



conscience morale à un être sacré, de celui-ci à une norme fondamentale de la pensée et de l'action, le parcours est accompli.”<sup>1667</sup>

Uit deze beschrijving blijkt dat de menselijke persoon geen absoluut of feitelijk gegeven is, maar een antropologische categorie die aan een bepaalde tijd en plaats is gebonden. Daarmee verwoordt Mauss niet alleen de historiciteit, maar ook de kwetsbaarheid van het begrip van de menselijke persoon. Zoals hij in het vervolg van dit citaat stelt (in een weliswaar oriëntalistisch getinte bewoording):

“Qui sait même si cette “catégorie” que tous ici nous croyons fondée sera toujours reconnue comme telle? Elle n’est formée que pur nous, chez nous. Même sa force morale – le caractère sacré de la personne humaine – est mise en question, non seulement partout dans un Orient qui n’est pas parvenu à nos sciences, mais même dans des pays où ce principe a été trouvé.”<sup>1668</sup>

Het is inderdaad niet zeker of de begrippen *menselijke persoon* en *menselijke waardigheid* in de toekomst nog zeggingskracht zullen hebben. Wat dat betreft heeft Mauss een vooruitziende blik gehad. De Britse historicus Fernández-Armesto heeft om die reden een van zijn boeken aan de transformatie van het begrip *menszijn* gewijd. Ook hij benadrukt de historiciteit en voortgaande betwisting van de inhoud van het mensbegrip:

“De huidige contouren van ons concept van de mens zijn noch vanzelfsprekend, noch universeel. Ze zijn het product van een lange, moeizame strijd in de westerse wereld om een manier te vinden om het menszijn zo te begrijpen dat daaronder ook gemeenschappen vallen die voorheen werden buitengesloten door racisme en etnocentrisme. Deze opvatting van het menszijn moest tegelijkertijd een helder onderscheid blijven maken tussen menselijk en niet-menselijk. Gezien de huidige stand van het debat begint dit meer en meer op een onvolledige en misschien wel ondoenlijke zoektocht te lijken [...] Paleoantropologen willen meer hominiden tot de categorie toelaten. Primatologen willen de grens van het geslacht Homo opschuiven in de richting van de chimpansees. Moralisten betreuren dat de ongeborenen en de ten dode opgeschrevenen zijn uitgesloten van een deel van de mensenrechten. Allemaal betwisten ze de grenzen van het concept. [...] Op de vraag ‘Wat betekent het om mens te zijn?’ (of de hieropvolgende vraag: ‘Dus wie is er mens?’) volgt tegenwoordig een ander antwoord dan in het verleden of in andere culturen.”<sup>1669</sup>

1667 M. Mauss, “Une catégorie de l’esprit humain, la notion de personne, celle de ‘moi’”, in: M. Mauss, *Sociologie et anthropologie*, Parijs: PUF 2004, p. 362.

1668 Mauss 2004, p. 362.

1669 F. Fernández-Armesto, *Dus jij denkt dat je een mens bent? Een korte geschiedenis van de mensheid*, Amsterdam: Bert Bakker 2005, p. 13-15.

Vanuit een antropologisch perspectief bekeken is het inderdaad een voor de hand liggende observatie dat we in de menselijke persoon, de mensenrechten en de menselijke waardigheid elementen van het als typisch westers geafficheerde individualisme en autonome mensbeeld terugzien. Daarnaast blijft de invloed van de middeleeuwse canonisten en van een christelijke visie op de mens zichtbaar in het persoonsbegrip van de mensenrechten.<sup>1670</sup> Zoals Mauss stelt: “Notre notion à nous de personne humaine est encore fondamentalement la notion chrétienne.”<sup>1671</sup> Ook dierenrechten-aanhangers benoemen in het kader van hun kritiek op het antropocentrisme van de menselijke waardigheid de christelijke wortels van het mensbeeld van de mensenrechten, zoals bijvoorbeeld Singer:

“Gedurende de eeuwenlange christelijke dominantie in het Europese denken, werd de ethische houding, gebaseerd op [de christelijke] dogma’s, een onderdeel van de onaanvechtbare morele orthodoxie van de Europese beschaving. Tegenwoordig worden die dogma’s niet langer algemeen aanvaard, maar de ethische opvattingen waar zij toe leidden, passen bij het diepgewortelde westerse geloof in het unieke karakter en de speciale voorrechten van onze soort, en zijn blijven voortbestaan. Nu we echter onze speciesistische visie op de natuur aan het herzien zijn, wordt het ook tijd om ons geloof in de onschendbaarheid van het leven van de leden van onze soort te herzien.”<sup>1672</sup>

Voor dergelijke auteurs vormt deze observatie een reden om te concluderen dat de menselijke waardigheid heeft afgedaan als morele en juridische leidraad. Een neutrale, seculiere benadering zou volgens hen daarentegen ook het lijden van dieren in aanmerking nemen.

Vanuit de invalshoek van dit hoofdstuk bekeken, zijn deze christelijke of westerse wortels echter geen reden tot verwerping van de menselijke waardigheid als juridisch beginsel, maar slechts een indicatie van het symbolische, antropologische en contrafactische gehalte van het beginsel en zijn bijbehorende persoonsbegrip. Ook al zijn de universalistische pretenties van de mensenrechten wellicht niet waar te maken, toch is het te eenvoudig om de menselijke waardigheid en het symbolisch-juridische persoonsbegrip in hun geheel af te doen als ongefundeerd of onwerkelijk. In zekere zin hebben de internationale verdragen en verklaringen ook niet de pretentie om een realistische voorstelling van de menselijke natuur te geven. Wat dat betreft treft ook MacIntyres bekende communitaristische kritiek op de mensenrechten geen doel. In *After virtue* tracht hij de onhoudbaarheid van

1670 Zie onder meer Supiot 2005, met name de proloog en hfdst. 1; Pessers 2005, p. 22; P. Singer, *Een ethisch leven*, Utrecht: Het Spectrum 2001, op meerdere plaatsen; Cliteur en Van Wissen 1998, p. 27-29; Deroussin 2001, p. 108 e.v.; Thomas 2002, p. 146.

1671 Mauss 2004, p. 357.

1672 Singer 2001, p. 173 (uit “Wat is er verkeerd aan euthanasie?”, oorspronkelijk verschenen in zijn boek *Practical ethics*).

mensenrechten te tonen door het bestaan van die rechten te vergelijken met het bestaan van heksen en eenhoorns:

“[...] the truth is plain: there are no such rights, and belief in them is one with belief in witches and in unicorns. [...] Every attempt to give good reasons for believing that there are such rights has failed. The eighteenth-century philosophical defenders of natural rights sometimes suggest that the assertions which state that men possess them are self-evident truths; but we know there are no self-evident truths. Twentieth-century moral philosophers have sometimes appealed to their and our intuitions; but one of the things that we ought to have learned from the history of moral philosophy is that the introduction of the word ‘intuition’ by a moral philosopher is always a signal that something has gone badly wrong with an argument. In the United Nations declaration on human rights of 1949 what has since become the normal U.N. practice of not giving good reasons for any assertions whatsoever is followed with great rigour. And the latest defender of such rights, Ronald Dworkin (*Taking rights seriously*) concedes that the existence of such rights cannot be demonstrated, but remarks on this point simply that it does not follow from the fact that a statement cannot be demonstrated that it is not true. Which is true, but could equally be used to defend claims about unicorns and witches. Natural or human rights are then fictions [...].”<sup>1673</sup>

Inderdaad berust de menselijke waardigheid op een fictie, zoals diverse malen in dit onderzoek aan de orde is gesteld. Zij is zelfs niet minder dan een centrale fictie van het recht. Maar deze fictieve basis van de mensenrechten zullen veel aanhangers van mensenrechten ook niet ontkennen of verhullen. MacIntyres vergelijking van de mensenrechten met heksen of eenhoorns treft slechts doel wanneer men mensenrechten zou concipiëren als objectieve feiten of empirische verschijnselen. In de praktijk wordt het mensbeeld van de mensenrechten echter beschouwd als een ideaalbeeld, een politiek-culturele verworvenheid, die begrepen kan worden tegen de achtergrond van specifieke, historische gebeurtenissen.

De historiciteit en het idealisme die de mensenrechten eigen zijn, worden met name in de preambules van de verschillende verdragen openlijk verwoord. Een goed voorbeeld is de volgende passage uit de preambule van de UVRM, waarin wordt verwezen naar de gebeurtenissen uit het verleden, en waarin de mensenrechten als ideaal daartegenover worden gezet:

“Overwegende, dat terzijdestelling van en minachting voor de rechten van de mens geleid hebben tot barbaarse handelingen, die het geweten van de mensheid geweld hebben aangedaan en dat de komst van een wereld, waarin de mensen vrijheid van meningsuiting en geloof zullen genieten, en vrij zullen zijn van vrees en gebrek, is verkondigd als het hoogste ideaal van iedere mens.”

<sup>1673</sup> A. MacIntyre, *After virtue. A study in moral theory*, Londen: 1981, p. 67.

Dat het naoorlogse natuurrecht op een onrealistisch mensbeeld berust, moge sinds Auschwitz en andere verschrikkingen voor iedereen duidelijk zijn. De naoorlogse heropleving van de menselijke waardigheid ging niet zonder reden gepaard met de juridische erkenning van het concept van misdrijven tegen de menselijkheid. Wat de mensenrechten daarentegen kenmerkt is geen feitelijke beschrijving van de menselijke natuur, maar een *geloof* in – of hoop op – de fictieve, gedroomde mens van de mensenrechten, die volgens de UVRM is “begiftigd met verstand en geweten.”<sup>1674</sup>

In de mensenrechtenverdragen is dat geloof op verschillende manieren verwoord. De Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring gebruikt de mysterieuze formule van “self-evident truths” om de basis van een ieders onvervreembare rechten te omschrijven.<sup>1675</sup> In de preambule van het EVRM is dat het “diepe geloof [...] in deze fundamentele vrijheden.”<sup>1676</sup> En in de UVRM wordt gesproken van “een vertrouwen in de fundamentele rechten van de mens, in de waardigheid en de waarde van de mens en in de gelijke rechten van mannen en vrouwen,” waarbij *vertrouwen* een vertaling is van het engelse woord *faith*, dat zeer wel ook met *geloof* had kunnen worden vertaald.

Het is vanuit dat perspectief bekeken niet vreemd dat Franse rechtswetenschappers als Legendre en Supiot spreken van *croyances dogmatiques* of *fondatrices* om de fundamentele van de rechtsorde, en vooral van de juridische persoon, te beschrijven. Of hun benadering voor het hele rechtssysteem op gaat, valt nog te bezien, maar deze ‘geloofsfundamenten’ zien we in ieder geval terug bij de constitutie van het mensenrechtelijke persoonsbegrip. Met name via het beginsel van de menselijke waardigheid komt de symbolische, transcendente dimensie van de mensenrechten tot uiting. De dogmatische aard van de fundering van fundamentele rechten is in zekere zin onvermijdelijk, zo betoogt Soeteman. Hij stelt

“dat iedere rechtvaardiging van de mensenrechten noodzakelijk berust op andere waarden, waar we klaarblijkelijk van uitgaan. De vraag naar de rechtvaardiging kan dan verschoven worden naar de rechtvaardiging van die andere waarden. Dat voert ons in een eindeloze regressus, die we slechts krachtdadig kunnen beëindigen door op een bepaald moment, bij een ‘eerste waarde’ te stoppen. Die eerste waarde nemen we dan ‘dogmatisch’ aan. Er kan altijd diepzinnig doorgevraagd worden naar de rechtvaardiging van deze rechtvaardiging. Dat kan zin hebben voor zover we nog steeds van mening verschillen, uit zijn op consensus en daarom naar eer-

1674 Art. 1 UVRM.

1675 “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.”

1676 “Opnieuw haar diepe geloof bevestigende in deze fundamentele vrijheden die de grondslag vormen voor gerechtigheid en vrede in de wereld en welker handhaving vooral steunt, enerzijds op een waarlijk democratische regeringsvorm, anderzijds op het gemeenschappelijk begrip en de gemeenschappelijke eerbiediging van de rechten van de mens waarvan die vrijheden afhankelijk zijn.”

dere ‘eerste waarden’ zoeken. Maar we moeten er ook rekening mee houden dat een dergelijk doorvragen soms meer diep dan zinnig is. Achter ieder antwoord kan een vraag gezet worden, maar die vraag leidt lang niet altijd tot verheldering. Dit betekent dat we het moeten doen zonder een vast fundament.”<sup>1677</sup>

Pessers beschrijft de menselijke waardigheid dan ook als “het belangrijkste geloofsartikel in onze seculiere rechtsorde”.<sup>1678</sup> Binnen de seculiere religie van de mensenrechten is het niet een heilig opperwezen, maar de mensheid zelf die de bindende, transcendente factor vormt. Met Durkheim spreekt zij daarom van een “religie van de mensheid”. Immers, “in een maatschappij die snel differentieert, heterogener en pluralistischer wordt, hebben mensen nog slechts hun mens-zijn gemeenschappelijk”.<sup>1679</sup> De mensenrechten kan men zo beschouwen als een laatste poging tot gemeenschappelijke zingeving en articulatie van transcendente waarden in een postmoderne, gefragmenteerde cultuur die gekenmerkt wordt door fundamenteel verschillende visies op het goede leven. Verschraegen hanteert om die reden een visie op “de mensenrechten als laatste ethiek.” Dat zet hij als volgt uiteen:

“Men zegt vaak dat de moderne cultuur arm is aan sacrale waarden en normen, aan fundamentele geloofs- en betekenskaders die door allen worden gedeeld. Dat is niet helemaal waar. Voorbij alle ethische controverses, kent de hedendaags cultuur wel degelijk een algemeen gedeeld geloof in het bijzondere respect dat de mens als persoon toekomt. [...] De belangrijkste expressie van deze moderne ethiek van individuele menselijke waardigheid zijn ongetwijfeld de mensenrechten.”<sup>1680</sup>

Op die manier kan het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid inderdaad als “la nouvelle transcendance laïque” worden gezien, zoals Edelman dat formuleert.<sup>1681</sup> De transcendentie die de mensenrechten kenmerkt wordt niet bepaald door een verticale relatie tot een hemels principe, maar door een horizontale relatie tot de medemens in zijn algemeenheid, ofwel, *de mensheid* in symbolische zin. Zoals de Franse humanistische denker Ferry in zijn boek *L’Homme-Dieu* stelt, resulteert deze “horizontale transcendentie”<sup>1682</sup> in zowel een humanisering van het goddelijke, als in een vergoddelijking van de mens, waarbij

1677 A. Soeteman, “Fundering van fundamentele rechten”, in G.J. Bijleveld (red.), *Qui bene distinguit bene docet. Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan S. Gerbrandy*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 33.

1678 Pessers 2005, p. 7.

1679 Pessers 2005, p. 30.

1680 G. Verschraegen, “De heilige mens. Over de mensenrechten als laatste ethiek”, in: I. Devisch en G. Verschraegen, *De verleiding van de ethiek. Over de plaats van morele argumenten in de huidige maatschappij*, Amsterdam: Boom 2003, p. 230.

1681 B. Edelman, *La personne en danger*, Parijs: PUF 1999, p. 524.

1682 Voor nadere gedachtevorming over de gedachte van “horizontale transcendentie”, zie Kunne-man 2006, p. 62-81.

een centrale rol voor de mensenrechten is weggelegd. Die sacralisering van de mens en het menselijke verwoordt hij als volgt:

“Le souci de l’Alterité, qui s’affirme si fortement dans la philosophie contemporaine, tend ainsi à prendre la forme d’une ‘religion de l’Autre’. Cette sacralisation de l’humain comme tel suppose le passage de ce que l’on pourrait nommer une ‘transcendence verticale’ (des entités extérieures et supérieures aux individus, situées pur ainsi dire en amont de lui) à une ‘transcendence horizontale’ (celle des autres hommes par rapport à moi).”<sup>1683</sup>

Dat de transcendentie die in de mensenrechten besloten ligt, op die manier als horizontaal en seculier kan worden gekarakteriseerd, neemt niet weg dat er hier sprake is van een sacrale inslag van de mensenrechten.

Ook in letterlijke zin heeft religie in de ontstaansgeschiedenis van de mensenrechten een belangrijke rol gespeeld. Vermeulen komt via een beschouwing over de vrijheid van geweten tot een interessante analyse van de religieuze wortels van de mensenrechtelijke filosofie. In zijn proefschrift laat hij zien hoe een theologische visie op het geweten aan de basis heeft gestaan van de vrijheid van geweten, en uiteindelijk daarmee ook van de mensenrechten. Vanuit dit perspectief is de mens via zijn geweten verbonden met God. Het geweten wordt dan begrepen “als een theonome instantie, als het orgaan waardoor de wetten Gods in de mens geopenbaard worden”.<sup>1684</sup> Een dergelijk theonoom gewetensbegrip was reeds in de Oudheid werkzaam (Sophocles’ *Antigone*, Socrates, de Stoa etc.), en heeft zich via het Christendom (de Bijbel, Augustinus, Thomas van Aquino etc.) en de lessen van de godsdienstoorlogen (Grotius, Bodin, Locke etc.) uiteindelijk een weg gebaand naar het recht. Vermeulen zet de invloed van dat religieuze gewetensbegrip op de seculiere mensenrechten als volgt uiteen:

“Juist deze theonome grondslag van het geweten heeft het derhalve mogelijk gemaakt dat in de rechtsfilosofie en de politieke theorie van de 16<sup>e</sup> en 17<sup>e</sup> eeuw de vrijheid van geweten geformuleerd wordt als een recht dat inherent is aan de mens: in het geweten raakt ieder mens aan het goddelijke, transcendeert hij in zekere mate het terrein van de wereldlijke belangen. Het is deze idee, dat de mens in zijn geweten aan het Absolute participeert en daarmee het gebied waarop de staat competent is overstijgt, welke de gedachte aan een – aan de staat voorafgaande – onaantastbare individuele vrijheidssfeer voor het eerst oproept. Weliswaar is deze idee van de transcendente waarde van het individu wezenlijk voor het christendom, maar eerst nu, door de relativering van de objectiviteit van de geloofswaarheid, is

<sup>1683</sup> L. Ferry, *L’Homme-Dieu, ou le sens de la vie*, Parijs: Le Livre de Poche 1997, nr. 14261, p. 93.

<sup>1684</sup> Vermeulen 1989, p. 73.

de theorie bij machte daaraan de gestalte te geven van een aan een ieder toekomend recht.”<sup>1685</sup>

Doordat het theonome karakter van het geweten de mens onttrekt aan wereldlijke machtsmechanismen, wordt een voor-politieke ruimte in het leven geroepen, zonder welke de idee van onvervreemdbare en individuele vrijheidsrechten ondenkbaar zou zijn. Mede om deze reden kan de vrijheid van geweten historisch gezien, zo betoogt Vermeulen, als het eerste mensenrecht worden beschouwd.<sup>1686</sup> Zo bezien ligt er een seculiere variant van het theonome gewetensbegrip ten grondslag aan de huidige conceptie van mensenrechten. Vanuit dit perspectief is het begrip van de menselijke waardigheid een uitwerking van de gedachte van een *geseculariseerd zielsbegrip*: de idee dat in ieder mens een onvervreemdbare waarde ligt besloten, die door het recht in acht genomen en beschermd dient te worden.

Daarnaast blijken de religieuze wortels van de mensenrechten uit de openlijke verwijzingen naar God of de Schepper in de klassieke teksten van constitutioneel recht.<sup>1687</sup> Het duidelijkste voorbeeld is de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.” Ook op dit punt is de invloed van het zeventiende en achttiende eeuwse natuurrechtsdenken herkenbaar. In wellicht de belangrijkste inspiratie-bron voor deze Verklaring, Lockes *Two treatises of government*, worden de onvervreemdbare rechten van de mens in verband met de natuurlijke vrijheid en gelijkheid van mensen voor God gebracht. Dat blijkt met name in zijn beschrijving van de *state of nature*:

“The state of nature has a law of nature to govern it, which obliges every one, and reason, which is that law, teaches all mankind, who will but consult it, that being all equal and independent, no one ought to harm another in his life, health, liberty, or possessions: for men being all the workmanship of one omnipotent, and infinitely wise maker; all the servants of one sovereign master, sent into the world by his order, and about his business; they are his property, whose workmanship they are, made to last during his, not one another’s pleasure: and being furnished with like faculties, sharing all in one community of nature, there cannot be supposed any such subordination among us, that may authorize us to destroy one another, as if we were made for one another’s uses, as the inferior ranks of creatures are for our’s. Every one, as he is bound to preserve himself, and not to quit his station wilfully, so by the like reason, when his own preservation comes not in competition, ought he,

<sup>1685</sup> Vermeulen 1989, p. 55-56.

<sup>1686</sup> Vermeulen 1989, p. 56 e.v.

<sup>1687</sup> Voor een overzicht en de belangrijkste teksten, zie H. Battjes en B.P. Vermeulen (red.), *Constitutionele klassiekers*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2007.

as much as he can, to preserve the rest of mankind, and may not, unless it be to do justice on an offender, take away, or impair the life, or what tends to the preservation of the life, the liberty, health, limb, or goods of another.”<sup>1688</sup>

In deze passage blijkt, zoals Pessers schrijft,<sup>1689</sup> dat Locke een religieuze giftethiek als uitgangspunt van zijn contracttheorie hanteert: het leven van de mens is een geschenk van God. Vanuit deze giftethiek bezien is te begrijpen dat Locke aan het einde van het citaat stelt dat de mens de algemene plicht heeft zichzelf en de mensheid te “bewaren”, dat wil zeggen in leven te houden. Deze religieuze giftethiek levert echter een zekere spanning op met de meer contractualistische aspecten van Lockes denken. Zoals Locke in zijn beschouwingen over eigendom stelt: “Every man has a property in his own person. This nobody has any right to but himself.”<sup>1690</sup> Een dergelijke vorm van *selfownership* lijkt strijdig te zijn met de christelijke stelling dat een ieder Gods eigendom is.<sup>1691</sup>

Opvallend genoeg blijft dit interne spanningsveld, evenals de christelijke grondslag van Lockes liberalisme, relatief onderbelicht in de hedendaagse receptie van Lockes liberale gedachtegoed. Over het algemeen benadrukken hedendaagse liberalen de contractuele aspecten van Lockes fictieve natuurtoestand, en wordt de religieuze herkomst van het lockeaanse natuurrechtelijke mensbeeld gecamoufleerd.<sup>1692</sup>

Is er aanvankelijk sprake van een christelijk stempel op de mensenrechten, geleidelijk aan worden deze fundamentele rechten, parallel aan de vermindende invloed van religie op het openbare leven, steeds verder aan de christelijke geloofssfeer onttrokken. Een belangrijk stadium in de secularisering van de mensenrechten wordt gevormd door de naoorlogse positivering van het beginsel van menselijke waardigheid. De onaantastbaarheid van de mens en zijn aangeboren waardigheid berusten in de naoorlogse verklaringen en verdragen niet langer op een goddelijk principe, maar worden onderdeel van een seculier ideaalbeeld van hogere orde. Zoals Cliteur schrijft:

1688 J. Locke [1690], *Two treatises of government*, Cambridge: Cambridge University Press 1994, boek II (H. 2) §6.

1689 Pessers 1999, p. 168.

1690 Locke [1690] 1994, boek II (H. 5) §26.

1691 Naar aanleiding van dit interne spanningsveld van Lockes werk schrijven Zwart en Hoffer dat Lockes opvatting zowel elementen van een christelijke als een liberale kijk op lichamelijke integriteit vertoont (Zwart en Hoffer 1998, p. 73-74).

1692 In de woorden van Nussbaum: “It cannot be emphasized enough that modern contractarians draw from only one aspect of Locke's theory, namely the fiction of a contract for mutual advantage in the state of nature, leaving aside both his doctrine of human rights and his related emphasis on benevolence and human dignity” (M.C. Nussbaum, *Frontiers of justice. Disability, nationality, species membership*, Cambridge/Londen: Harvard University Press 2006, p. 45).



“De gedachte dat het hogere recht in verband gebracht zou moeten worden met een goddelijke Schepper zal pas na de Tweede Wereldoorlog worden verlaten. Het moderne concept van mensenrechten, zoals dat naar voren komt in de meest bekende hedendaagse proclamatie van mensenrechten, de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948), wijst op de betekenis van de menselijke waardigheid. De verhevenheid van het recht wordt dus niet meer afgeleid van de verhevenheid van de Schepper. Hoger recht komt op zichzelf te staan en wordt niet meer in verband gebracht met een theïstische grondslag.”<sup>1693</sup>

Deze secularisering via het waardigheidsbeginsel kan worden gezien als de noodzakelijke poging het mensbeeld van de mensenrechten zo inclusief en universeel mogelijk te maken, zonder evenwel de transcendente dimensie van de mensenrechten prijs te geven.

Bovenstaande beschouwingen vormen wederom een illustratie van de contrafactiteit van het mensbeeld van de mensenrechten: de menselijke persoon is geen gegeven uit de empirische werkelijkheid, maar een normatief mensbeeld, het product van een seculier geloof. De absolute gelding van de menselijke waardigheid, en de dogmatische, declaratieve toon van de centrale artikelen van de mensenrechtenverklaringen (bijvoorbeeld “de menselijke waardigheid is onschendbaar”<sup>1694</sup> en “Alle mensen worden vrij en gelijk in waardigheid en rechten geboren. Zij zijn begiftigd met verstand en geweten”<sup>1695</sup>), vormen daar eveneens een indicatie van. Ook artikel 2 van de *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* is in dit verband interessant: “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme.” Het woord “conservation” in dit artikel wijst op de voor-politieke, pre-juridische, en tijdloze pretenties van de in het verdrag opgenomen rechten. Meer algemeen kan worden gewezen op het transcendente karakter van het wettelijke kader waarbinnen de mensenrechten functioneren, zoals de Grondwet.<sup>1696</sup>

Het transcendente, en daarmee ook transindividuele, karakter van de grondslagen van de mensenrechtenverklaringen is te herleiden tot de invloed van het natuurrechtelijk gedachtegoed op de verklaringen. Deze natuurrechtelijke invloed heeft consequenties voor de inspraak van het individu bij de gelding en invulling van centrale begrippen als de menselijke waardigheid: aan de basis van de mensenrechten staat een *objectieve* bescherming van mensheid en menselijkheid. Daarmee bedoel ik niet dat er een universele, neutrale definitie van mensheid en menselijkheid aan de mensenrechten ten grondslag zou liggen, want dat is

1693 P.B. Cliteur, *De filosofie van mensenrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, hoofdstuk 1.

1694 Art. 1 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

1695 Art. 1 UVRM.

1696 Zie onder meer Pessers 2003, p. 34.

gezien de culturele en antropologische wortels van het mensenrechtelijk mensbeeld onmogelijk. Met *objectieve bescherming* doel ik daarentegen op de gedachte dat de mensenrechtelijke definitie van de menselijke persoon en waardigheid in wezen niet voor subjectieve uitleg en beschikking ruimte laat. Zoals Supiot stelt is de menselijke persoon “une construction dogmatique qui serait menacée d’écroulement si elle était laissée à la libre disposition des personnes”.<sup>1697</sup>

Of de menselijke waardigheid in die benadering nu als het recht op persoonlijke ontplooiing of als de eenheid van geest en lichaam wordt uitgelegd, is daarbij niet van belang. Voor beide gevallen geldt dat deze interpretatie in beginsel als objectief, dus supra-individueel heeft te gelden. Dat klinkt enigszins paradoxaal, aangezien de menselijke waardigheid, uitgelegd als recht op persoonlijke ontplooiing, nu juist meer ruimte schept voor inbreng en uitleg van het individu. Desondanks is ook hier de mogelijkheid tot individuele inbreng een afgeleide van een definitie van de mens die aan het individu onttrokken is, in dit geval de definitie van de mens als een vrij wezen. Met andere woorden, volgens de logica van de mensenrechten komt een ieder *individuele* vrijheidsrechten toe op grond van een *collectieve*, ‘voorgegeven’ en objectiefrechtelijke definitie van de mens. Daarmee treedt een eerste ambivalentie van het persoonsbegrip van de mensenrechten aan het licht: de toekenning van individuele vrijheidsrechten is afhankelijk van een collectieve definitie van de mens.<sup>1698</sup> Supiot verwoordt dat supra-individuele karakter van de mensenrechten en de menselijke waardigheid als volgt:

“Les ordres juridiques occidentaux, qui ont porté le plus loin la conception de l’homme comme être rationnel, reposent eux-mêmes sur des énoncés de facture dogmatique. Ainsi, par exemple, la déclaration qui se trouve en tête du préambule de la Constitution française de 1946, repris par celle de 1958: ‘Le Peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés.’ Le Sujet qui proclame ainsi des “droit sacrés” (le Peuple français) échappe évidemment à notre mortelle condition, ce qui l’autorise à rappeler au monde quelque chose qu’il lui avait déjà dit en 1789. Et ce quelque chose est la sacralité de l’Homme. [...] Nous sommes bien ici devant un énoncé de facture religieuse, au sens historiquement premier du terme,

<sup>1697</sup> Supiot 2005, p. 66.

<sup>1698</sup> Kunneman spreekt in dat verband van een normatieve ambivalentie van de mensenrechten: “De normatieve ambivalentie van de mensenrechten gaat [...] terug op het feit dat actoren door die rechten tegelijkertijd gepositioneerd worden als autonome individuen én als lid van een solidaire gemeenschap, en wel zodanig dat beide posities in hun onvolledigheid, respectievelijk hun blindheid voor de relatie gemeenschap-uitsluiting negatief naar elkaar blijven verwijzen” (Kunneman 1996, p. 74).

c'est-à-dire un énoncé qui ne relève pas de la libre appréciation de chacun, mais qui s'impose absolument et intemporellement à tous.”<sup>1699</sup>

Het is nu ook mogelijk het in 6.3 geconstateerde verschil tussen de technische fictie en de beschermende, humaniserende fictie van de mensenrechten nader onder woorden te brengen. De centrale fictie van de mensenrechten is gelegen in de contrafacticeit van het mensbeeld dat aan de menselijke waardigheid ten grondslag ligt. Met andere woorden, in deze fictie krijgt de ‘verheiligde’ mens van de mensenrechten gestalte. Dit type fictie is vergelijkbaar met het fictionele element dat onvermijdelijk in iedere vorm van geloof besloten ligt, dus ook wanneer het het seculiere geloof in de mens van de mensenrechten betreft. Deze *fiction protectrice* is onlosmakelijk verbonden met de natuurrechtelijke aspiraties van het mensenrechten-discours. Haar functie is bescherming van de mens als persoon in symbolische zin, ofwel als lid van van de mensengemeenschap. Het is vanuit dat perspectief gezien niet vreemd dat de wetgever op grond van deze beschermende fictie de mens beoogt te beschermen tegen de mogelijke instrumentalisering en reïficatie van de mens ten gevolge van de medische biotechnologie. De technisch-juridische fictie is daarentegen bedoeld om de allocatie van rechten en plichten mogelijk te maken, daar waar het bestaande rechtssysteem daartoe weinig ruimte laat. In een volgende paragraaf wordt uitgebreider ingegaan op de functie van symbolische ficties in het recht.

De dogmatische en transindividuele grondslagen van de mensenrechten stuiten wellicht in deze tijd, waarin zelfbeschikking en pluriformiteit belangrijke waarden zijn, op enige weerstand. Uitspraken over de menselijke natuur zijn daarnaast onmiddellijk ‘verdacht’ vanuit ons huidige, postmoderne en multi-culturele perspectief. Een terechte vraag is daarom waarop dit seculiere geloof in de menselijke waardigheid eigenlijk is gegrond. Het symbolisch persoonsbegrip kent als antropologische ‘montage’ een vrij wankel basis. De menselijke waardigheid, waarop dit persoonsbegrip is gebaseerd, kan niet worden bewezen of gedemonstreerd. Zoals al uit bovenstaande citaten van Mauss en Fernández-Armesto bleek, is de menselijke persoon als categorie wellicht bovendien geen eeuwig leven beschoren. Het komt daarom niet als een donderslag bij heldere hemel, dat het symbolisch-juridisch persoonsbegrip en de menselijke waardigheid op dit moment onder druk staan. Sterker nog, in een aantal opzichten is er sprake van *desymbolisering* van het recht en het persoonsbegrip. De bestaande antropologische montage van het symbolisch-juridisch persoonsbegrip dreigt te worden *gedemonteerd*. Salas schetst, in een paragraaf die veelzeggend *La crise des représentations* is getiteld, het volgende beeld:

---

<sup>1699</sup> Supiot 2005, p. 20.

“Nous avons en héritage une conception de la personne comme sujet de droit, conquête fragile issue de la philosophie grecque, du droit romain, et de la pensée chrétienne laïcisée au XVIII<sup>e</sup> siècle. Cette invention de l'homme comme personne sujet de droits et de devoirs, condition de son autonomie et de sa liberté, est-elle condamnée à ne rester qu'un vestige? On assiste aujourd'hui à la disparition possible de cette représentation de l'être humain face au développement de l'individualisme potentialisée par les progrès des biotechnologies. On découvre que ce socle fondateur que l'on croyait immuable peut être radicalement modifié. L'éclatement de la personne où nous conduit cette volonté de maîtrise du monde est démultiplié par les nouvelles techniques biomédicales.”<sup>1700</sup>

Met andere woorden, aan de demontage van de menselijke persoon liggen volgens hem twee ontwikkelingen ten grondslag: een toenemende nadruk op het individu, en de opkomst van de medische biotechnologie. Beide tendensen versterken en voeden elkaar. Via de nieuwe technologie kunnen individuele voorkeuren en verlangens ook op lichamelijk niveau gestalte krijgen. Zo kan het humanistische ideaal van persoonlijke ontplooiing binnen een dergelijk kader transformeren tot het transhumanistische streven naar zelfverbetering van de mens.<sup>1701</sup> Omgekeerd zullen de biomedische ontwikkelingen, bij gebreke aan regulering, vooral de wetten van de markt te volgen.

In de volgende paragraaf wordt op beide tendensen ingegaan, die niet alleen hun uitwerking hebben op het juridisch persoonsbegrip, maar in breder opzicht het recht in zijn symbolische dimensie treffen.

## 8.4 Desymbolisering en resymbolisering van de juridische persoon

### 8.4.1 *Taboes rondom het menselijk lichaam*

Het domein van het lichaam is als geen ander domein doortrokken van taboes, symboliek en sacrale waarden. Hoewel het er soms de schijn van heeft dat de meeste taboes in de huidige westerse samenleving zijn doorbroken, weten incest, lijkschennis, kannibalisme en bestialiteit<sup>1702</sup> nog altijd te choqueren en verontwaardiging op te roepen. Deze waarden zijn blijkbaar zo diep in ons culturele referentiekader verankerd, dat ze het postmoderne verval van de grote zingevingssystemen tot nu toe grotendeels hebben overleefd.

Dat vooral de lichamelijke aspecten van het menselijk bestaan zijn verbonden met symbolische waarden en verboden, heeft ongetwijfeld te maken met het feit

1700 D. Salas, *Sujet de chair et sujet de droit: la justice face au transsexualisme*, Parijs: PUF 1994, p. 15.

1701 J. de Mul, *Cyberspace Odyssey*, Kampen: Klement 2002, p. 277-278.

1702 Dat bestialiteit nog altijd choqueert, blijkt onder meer uit een wetsvoorstel uit 2006, om een verbod op seks met dieren in het Wetboek van Strafrecht op te nemen (*Kamerstukken II 2006/07*, 31 009, nr. 2).

dat het lichaam zich op het snijvlak van natuur en cultuur bevindt. De biologische grenzen die het menselijk leven tekenen zijn geen blote feiten in het leven van de mens, maar hebben een speciale plaats en betekenis. Zoals Supiot's mooie formulering luidt: "La vie des sens se mêle dans l'être humain à un sens de la vie."<sup>1703</sup> Ofwel, het zintuiglijke leven vermengt zich bij de mens onvermijdelijk met een zin van het leven.

Via rituelen en symbolen tracht men een plaats te geven aan de biologische grenzen en feiten die het menselijk bestaan markeren, zoals de geboorte, de dood, de bloedverwantschap, het sekse-verschil en seksualiteit. Op die manier worden aan deze blote en biologische feiten een zin en betekenis gegeven, zodat die feiten kunnen worden ingeschreven in een ieders eigen levensverhaal, en de levensverhalen van anderen met wie zij hun leven delen. In de woorden van de Belgische filosoof Moyaert:

"De natuurlijke kringloop van ontstaan en vergaan, van geboorte en dood, van seksualiteit en voortplanting is van meet af aan ingebed in een circuit van symbolen dat aan het individuele leven voorafgaat, het begeleidt en overstijgt."<sup>1704</sup>

De rituelen die de geboorte en de dood omringen vormen daar een illustratie van, maar ook op dieper niveau worden de biologische grenzen die het menselijk leven kenmerken symbolisch bemiddeld tot betekenisvolle gebeurtenissen.

Ook in het recht is deze symbolische dimensie waarneembaar. De eerbied voor het menselijk lichaam die uit veel juridische bepalingen en beginselen spreekt, is lang niet altijd gericht op het voorkomen van pijn, lichamelijk letsel of de dood, zo bleek in 8.2. De andere aldaar genoemde voorbeelden kunnen eveneens tegen deze achtergrond worden begrepen: de onttrekking van lichaams- en embryonaal materiaal aan het handelsverkeer, de onmogelijkheid van een eigendomsrecht op een embryo of lichaam en het verbod op bepaalde vormen van kunstmatige voortplanting zijn voorbeelden van de symbolische geboden en verboden waarmee het lichaam is omgeven. De symbolische dimensie van het recht blijkt niet alleen uit deze geanalyseerde voorbeelden, maar is daarnaast duidelijk zichtbaar in het familierecht. Zoals Glendon stelt: "Much of family law is no more – and no less – than the symbolic expression of certain cultural ideas."<sup>1705</sup> Een simpel maar goed voorbeeld is het huwelijk: in het familierecht is het nog altijd taboe met een

<sup>1703</sup> Supiot 2005, p. 7.

<sup>1704</sup> P. Moyaert, *Ethiek en sublimatie. Over De ethiek van de psychoanalyse van Jacques Lacan*, Nijmegen: SUN 1994, p. 29.

<sup>1705</sup> M.A. Glendon, *Abortion and divorce in western law. American failures, European challenges*, Cambridge: Harvard University Press 1987, p. 10.

broer of zus te trouwen (artikel 1:41 lid 1 BW<sup>1706</sup>) en staat het huwelijk slechts open voor mensen, en niet voor dieren.<sup>1707</sup>

#### 8.4.2 Subjectivering en privatisering van taboes

Aan een vocabulaire om deze symbolische dimensie en de bezwaren tegen de schending van taboes onder woorden te brengen begint het echter te ontbreken. Het is lastig uiteen te zetten wat het precies is dat mensen tegenstaat aan vrijwillige incest tussen een broer en zus, of aan een persoon die zich vrijwillig laat opeten door een ander. Bezwaren tegen deze vrijwillige handelingen kunnen niet in de taal van vrijheidsrechten worden gegoten, en worden daarom makkelijk als irrationeel of conservatief afgedaan. Meer algemeen confronteert de medische biotechnologie de politiek en het recht met het gebrek aan een gemeenschappelijk, publiek vocabulaire om publieke vraagstukken over leven en dood te duiden. Het lichaam is in zekere zin nog altijd heilig, zonder dat we over de woorden beschikken om die heiligheid op een seculiere manier te duiden.

Het gebrek aan vocabulaire is mede het gevolg van de scheiding tussen de publieke en de private sfeer zoals zij gestalte krijgt in de liberale rechtsstaat: de publieke sfeer staat in het teken van een smalle moraal die coöperatie en samenleven mogelijk moet maken (in Rawls' woorden: een *thin theory of the good*), terwijl vragen over het goede leven, ofwel van een brede moraal (*thick theory of the good*), in de privé-sfeer thuishoren. Ethica Van Asperen beschrijft de 'verarming' van het publieke vocabulaire die bij gevolg heeft plaats gevonden als volgt:

"Het allergrootste deel van de publieke, politieke discussie gaat over verdelingsvragen. Dat is niet toevallig, want we hebben uitdrukkelijk vragen over de betekenis van het leven en over wat een goed leven is gereserveerd voor de privé-sfeer. De samenleving als geheel en de overheid in het bijzonder worden geacht geen taak te hebben op het gebied van zingeving en levensbeschouwing. Dat zijn problemen die mensen in de beslotenheid van hun eigen huiskamer maar moeten oplossen. Eindigheid, vergankelijkheid en dood horen van oudsher tot de problemen waar godsdiensten en wereldbeschouwingen proberen zinnig, dat wil zeggen, zingevend over te praten. Voorzover dat in onze samenleving ook gebeurt, gebeurt het in de beslotenheid van de private, zelfgekozen ruimte. Wij hebben als samenleving geen gemeenschappelijk vocabulaire (meer) om deze dimensie van het bestaan op een voor allen aannemelijke manier te articuleren. Daarover kan het niet gaan *en public*.

1706 "Een huwelijk mag niet worden gesloten tussen hen die elkander, hetzij van nature hetzij familierechtelijk, bestaan in de opgaande en in de nederdalende lijn of als broeders, zusters of broeder en zuster."

1707 Pessers heeft deze symbolische gelaagdheid, en de noodzaak van een dergelijke dimensie voor het familierecht, uitgebreid beschreven in haar essay *Verdwaalde seksen*, waarover in 8.7.2 meer.

De opkomst van de moderne vorm van wetenschapsbeoefening die in diezelfde tijd haar triomftocht begint en die in de negentiende eeuw maar vooral in onze eeuw leidt tot een dramatisch terugdringen van de manifestaties van eindigheid en beperktheid, loopt parallel met deze 'ideologische verschuiving'.<sup>1708</sup>

Via de regulering van de medische biotechnologie zijn deze vraagstukken over leven en dood echter terug op de politieke agenda. Het probleem is dat de symbolische beladenheid van deze kwesties niet goed te duiden is in termen van subjectieve rechten en verdelingsvraagstukken. Zo kan de beschermwaardigheid van het lichaam, lijk of embryo niet volledig worden herleid tot individuele rechten, maar is zij onlosmakelijk verbonden met de symbolische of associatieve waarde die aan het lichaam, lijk en embryo in onze cultuur toekomen.

Daarmee staan de taboes die het lichaam omringen voortdurend onder druk. De taal van taboes botst met het vocabulaire van persoonlijke vrijheidsrechten. Taboes en daarvan afgeleide symbolische verboden zijn immers absoluut en functioneren dus ongeacht de persoonlijke visie van betrokken partijen. Twee recente Duitse rechtzaken, die de voorbeelden van kannibalisme en incest betreffen, kunnen het spanningsveld tussen subjectieve rechten en door het recht erkende taboes illustreren.

In de beruchte zaak over de zogenaamde kannibaal van Rothenburg vonden kannibaal en slachtoffer elkaar via internet. Het slachtoffer verleende volledige medewerking aan zijn eigen dood, aangezien hij sinds lang de wens koesterde om door iemand te worden gegeten. Na diens dood vroe de kannibaal het lichaam in, en at het in gedeeltes op. In 2005 werd de kwestie aan het Duitse hooggerechtshof, het Bundesgerichtshof (BGH), voorgelegd. De centrale vraag in het resulterende *Kannibalen-Urteil* luidde hoe het mishandelen, doden en opeten van een slachtoffer dat volledig instemt met zijn lot, strafrechtelijk dient te worden gekwalificeerd. Moet het benemen van diens leven worden gezien als het doden op verzoek, zoals de kannibaal aanvoerde, als doodslag, zoals de rechter in hoger beroep had geoordeeld, of als moord, zoals het OM van mening was?<sup>1709</sup> Het BGH oordeelde dat de vrijwillige medewerking van het slachtoffer niet aan een veroordeling tot moord in de weg staat, hetgeen uiteindelijk ook door het Bundesverfassungsgericht is bevestigd.<sup>1710</sup>

Van meer belang voor dit hoofdstuk is dat het BGH zich, in tegenstelling tot het constitutionele gerechtshof, ook over de kannibalistische aspecten van de zaak boog. Moet kannibalisme worden gezien als een vorm van lijkschennis, ook als het slachtoffer voorafgaand aan zijn dood expliciet heeft aangegeven opge-

1708 G.M. van Asperen, *Het bedachte leven. Beschouwingen over maatschappij, zingeving en ethiek*, Amsterdam: Boom 1993, p. 82.

1709 BGH 22 april 2005, 2 StR 310/04.

1710 BVerfG 7 oktober 2008, 2 BvR 578/07, zie <[www.bverfg.de/entscheidungen/rk20081007\\_2bvr057807.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20081007_2bvr057807.html)>.

geten te willen worden? De ratio van het verbod op lijkschennis is volgens het BGH niet alleen gelegen in de bescherming van de nawerkende persoonlijkheidsrechten van de overleden persoon (“der postmortale Persönlichkeitsschutz des Toten”). Zou dat wel zo zijn geweest, dan zou er nog discussie hebben kunnen bestaan over de vraag of er sprake was van lijkschennis, aangezien het slachtoffer instemde met de inbreuk op de integriteit van zijn gestorven lichaam. Het verbod op lijkschennis geeft echter volgens het BGH daarnaast uiting aan een in de rechtsgemeenschap bestaand gevoel van piëteit voor het gestorven lichaam (“das Pietätsgefühl der Allgemeinheit”), en aan eerbied voor de menselijke waardigheid (“die Menschenwürde”). Om die reden kan ook bij instemming van het slachtoffer met de schending van zijn stoffelijk overschot nog sprake zijn van schending van het verbod op lijkschennis. De opvallende overweging van het BGH luidt als volgt:

“Geht es [...] um das Pietätsgefühl der Allgemeinheit, so kommt es darauf an, ob der Täter dem Menschsein seine Verachtung bezeigen bzw. die Menschenwürde als Rechtsgut an sich mißachten will. Denn die Vorstellungen der Allgemeinheit hinsichtlich des Umgangs mit Toten gründen letztlich in dem Bewußtsein der jedem Menschen zukommenden und über den Tod hinauswirkenden Würde. Die Würde des Menschen verbietet es, ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektsqualität prinzipiell in Frage stellt. Menschenwürde in diesem Sinne ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern die Würde des Menschen als Gattungswesen. Im Bewußtsein der Allgemeinheit stellt aber das Schlachten eines Menschen vor laufender Kamera, womöglich gar, um Material für spätere sexuelle Handlungen zu gewinnen, eine menschenunwürdige Behandlung dar, die die Würde des Menschen als Gattungswesen mißachtet.

Ob der Angeklagte hier gegenüber dem Opfer seine Verachtung bezeigen wollte, oder ob – wie die Kammer meint – das Einverständnis des Tatopfers den beschimpfenden Charakter im Hinblick auf seinen postmortalen Achtungsanspruch entfallen läßt, kann daher genauso dahinstehen, wie die Frage, ob das Einverständnis des Getöteten überhaupt wirksam war und ob der Angeklagte eine eventuelle Unwirksamkeit erkennen konnte. Jedenfalls war das Einverständnis des Opfers nicht geeignet, die Tatbestandsmäßigkeit auch hinsichtlich des geschützten Rechtsguts der Allgemeinheit entfallen zu lassen, da das Opfer hierüber, was aber erforderlich gewesen wäre, nicht verfügen konnte.”

Uit deze overweging blijkt duidelijk dat het oordeel steunt op de objectiefrechetelijke, beperkende interpretatie van de menselijke waardigheid die ook de uitkomst van de Franse *Wackenheim*-zaak over dwergwerpen bepaalde.<sup>1711</sup> Zoals in de uitspraak van de Conseil d’État, krijgen overwegingen van openbare orde en de bescherming van gemeenschapsbelangen hier voorrang boven individuele aan-

---

1711 Zie 3.2.4.



spraken. Het BGH vat het bondig samen: het verbod op lijkschennis beschermt niet slechts een *Individualrechtsgut*, maar ook een *Rechtsgut der Allgemeinheit*. Anders gezegd, volgens het BGH stuit men hier op de grenzen van het zelfbeschikkingsrecht: over de eigen menselijke waardigheid kan niet worden beschikt (*verfügt*), aangezien waardigheid en piëteit collectieve rechtsgoederen vormen. De mens wordt hier niet zozeer als individu, maar als *Gattungswesen* beschermd, zoals het BGH dat formuleert.

In een andere zaak die zich recentelijk aan de Duitse rechter heeft voorgedaan werd de strafbaarheid van vrijwillige incest ter discussie gesteld. De kwestie is mede van belang voor dit onderzoek in het licht van de gelijkenissen die het incestverbod vertoont met het verbod op reproductief kloneren (waarover meer in 8.4.4).

In het Duitse rechtssysteem is, in tegenstelling tot het Nederlandse strafrecht, geslachtsgemeenschap tussen broer en zus (*Beischlaf zwischen Geschwistern*) strafbaar gesteld.<sup>1712</sup> Het geval betrof een broer en zus die elkaar door omstandigheden pas later in het leven leerden kennen. Tussen hen ontwikkelde zich een relatie, die een jaar na hun ontmoeting resulteerde in de geboorte van hun eerste kind. In totaal zouden zij vier kinderen op de wereld zetten, waarvan twee gehandicapt, vermoedelijk wegens inteelt.

Beide ouders werden meedermalen vervolgd wegens overtreding van het incestverbod. De vrouw werd daarbij gedeeltelijk ontoerekeningsvatbaar verklaard, de man werd in totaal voor twee en een half jaar gevangenisstraf veroordeeld. Naar aanleiding van hun zaak brak een verhitte strijd in het Duitse parlement los over de vraag of een incest-verbod nog wel van deze tijd is, en niet uit het wetboek van strafrecht moet worden geschrapt.<sup>1713</sup> Vooralsnog is dit politieke debat zonder resultaat gebleven. De broer vocht daarop zijn veroordeling aan bij het *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG).

Zijn klacht voor het Duitse constitutionele gerechtshof luidde dat het incestverbod ongrondwettelijk is, met name omdat het verbod een ongelegitimeerde inperking van het recht op seksuele zelfbeschikking zou vormen. Dit recht op seksuele zelfbeschikking is in de jurisprudentie erkend als onderdeel van het recht op persoonlijke ontplooiing. Het BVerfG wees zijn beroep echter in een uitvoerig gemotiveerd oordeel af. Een analyse van niet alleen het meerderheidsoordeel (zeven rechters) van het Hof, maar ook van de *abweichende Meinung* van vice-president Hassemer, biedt interessante perspectieven op het juridische spanningsveld tussen taboes en vrijheidsrechten.

De constitutionele rechter erkent allereerst dat het incestverbod een inperking vormt van het recht op seksuele zelfbeschikking van broer en zus. Hij acht

1712 Art. 173 van het Duitse Wetboek van Strafrecht.

1713 Zie onder meer A. Reimann, "Inzest-Streit entzweit deutsche Politik", *Der Spiegel*, 23 februari 2007, <[www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,468194,00.html](http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,468194,00.html)>.

deze inperking, en dus het incestverbod, op meerdere gronden grondwettelijk toelaatbaar. Zoals het BVerfG op meerdere plaatsen van het arrest laat merken, is het evenwel moeilijk de ratio achter het incestverbod helder te verwoorden. In de inleidende beschouwingen van het rechtsoordeel komt naar voren hoe het strafrechtelijke incestverbod berust op een cultuurhistorisch verankerde verbodsnorm die teruggaat tot de Oudheid.<sup>1714</sup> Deze norm verenigt meerdere motieven in zich, die lastig te ontwarren zijn. Een andere factor die de onderbouwing van het rechterlijk oordeel bemoeilijkt is dat het incestverbod, zoals het Hof zelf aangeeft, wellicht lastig te verdedigen is in een tijd die wordt gekenmerkt door een algehele tendens tot decriminalisering van seksueel gedrag.<sup>1715</sup> Een goed voorbeeld vormen de wetbepalingen rondom homoseksualiteit en bestialiteit die in de jaren zestig en zeventig uit het Duitse wetboek van strafrecht zijn verwijderd. Tegen deze achtergrond laat de vraag zich stellen waarom incest wel strafbaar zou moeten blijven. Het Hof noemt de volgende legitieme doelen die de wetgever kan hebben nagestreefd met het incestverbod:

“Der Gesetzgeber verfolgt mit der angegriffenen Norm Zwecke, die verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind und jedenfalls in ihrer Gesamtheit die Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts legitimieren. Der Gesetzgeber hat seinen Entscheidungsspielraum nicht überschritten, indem er die Bewahrung der familiären Ordnung vor schädigenden Wirkungen des Inzests, den Schutz der in einer Inzestbeziehung ‘unterlegenen’ Partner sowie ergänzend die Vermeidung schwerwiegender genetisch bedingter Erkrankungen bei Abkömmlingen aus Inzestbeziehungen als ausreichend erachtet hat, das in der Gesellschaft verankerte Inzesttabu weiterhin strafrechtlich zu sanktionieren.”<sup>1716</sup>

Het BVerfG loopt vervolgens de vier genoemde gronden van het wettelijk verbod af: bescherming van de familiale orde, bescherming van de ondergeschikte partner, het voorkomen van genetische aandoeningen en de strafrechtelijke sanctiëring van het incesttaboe dat onder de meerderheid van de bevolking leeft. Vooral aan de hand van de eerste twee doelstellingen van het incestverbod komt het Hof tot een overtuigend betoog; de laatste twee doelstellingen zijn problematisch, zo zal hieronder blijken.

De bescherming van de gezinsstructuur vormt het eerste en belangrijkste argument in het rechtsoordeel. Het Hof stelt voorop dat de bescherming van gezin en huwelijk grondwettelijk zijn vastgelegd (artikel 6 lid 1 GG). Het gaat hier om levensvormen die in de rechtsgemeenschap een bijzondere status toekomt aan gezien zij “einen existentiellen Bestandteil des menschlichen Zusammenlebens

1714 BVerfG 26 februari 2008, 2 BvR 392/07, r.o. 3.

1715 Het Hof spreekt van een “Entkriminalisierung des Sexualstrafrechts” (BVerfG 26 februari 2008, r.o. 19).

1716 BVerfG 26 februari 2008, r.o. 41.

darstellen.”<sup>1717</sup> Volgens de Duitse hoogste rechter is het verwantschapssysteem van essentiële betekenis voor het menselijk samenleven, aangezien gezin en familie bijdragen aan een ieders identiteitsvorming, en van groot belang zijn voor het welzijn van het kind. Het verwantschapssysteem, dat hiermee dus een cruciale functie in de samenleving vervult, wordt door incestueuze relaties verstoord, zo stelt het BVerfG, zodat een incest-verbod begrijpelijk te noemen is:

“Inzestverbindungen – auch solche zwischen Geschwistern – führen [...] zu einer Überschneidung von Verwandtschaftsverhältnissen und sozialen Rollenverteilungen und damit zu einer Beeinträchtigung der in einer Familie strukturgebenden Zuordnungen. Solche Rollenüberschneidungen entsprechen nicht dem Bild der Familie, das Art. 6 Abs. 1 GG zugrunde liegt. Es erscheint schlüssig und liegt nicht fern, dass Kinder aus Inzestbeziehungen große Schwierigkeiten haben, ihren Platz im Familiengefüge zu finden und eine vertrauensvolle Beziehung zu ihren nächsten Bezugspersonen aufzubauen. [...] Die lebenswichtige Funktion der Familie für die menschliche Gemeinschaft, wie sie der Verfassungsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG zugrunde liegt, wird entscheidend gestört, wenn das vorausgesetzte Ordnungsgefüge durch inzestuöse Beziehungen ins Wanken gerät. Dem entspricht – wie die Rechtsvergleichung zeigt –, dass weltweit die jeweilige Familienstruktur vor Inzest geschützt wird, und zwar entweder strafrechtlich oder zumindest durch andere rechtliche Vorkehrungen wie namentlich Eheverbote.”<sup>1718</sup>

Daar zou men tegenin kunnen brengen, zoals *dissenter* Hassemer doet, dat het vanuit dit perspectief vreemd is dat geslachtsverkeer tussen broers en zussen van hetzelfde geslacht, of tussen stief-, adoptie- of pleegbroers of zussen niet eveneens strafbaar is gesteld. Toch haalt men door te wijzen op overige leemtes in de wet de legitimatie van het incestverbod zelf niet onderuit.

De tweede afweging van het BVerfG luidt dat het incestverbod de zwakkere partner in een incestueuze verhouding beoogt te beschermen. Seksueel misbruik ligt niet alleen in gevallen van incest tussen ouders en kinderen, maar ook bij incest tussen broer en zus voor de hand, overweegt het Hof. In incestueuze relaties is het risico groot dat een ongezonde afhankelijkheid tussen beiden ontstaat. Zo werd in het onderliggende geval de vrouw door haar broer mishandeld. De tegenwerping dat de zwakkere partner reeds beschermd wordt in zijn of haar seksuele zelfbeschikking door de algemene strafbaarstelling van seksueel misbruik,<sup>1719</sup> weerlegt het Hof door te stellen dat het incestverbod “spezifische, durch die Nähe in der Familie bedingte oder in der Verwandtschaft wurzelnde

1717 BVerfG 26 februari 2008, r.o. 43.

1718 BVerfG 26 februari 2008, r.o. 45-46.

1719 Ook Hassemer beroept zich op dit argument, zie BVerfG 26 februari 2008, r.o. 88.

Abhängigkeiten und Schwierigkeiten der Einordnung und Abwehr von Übergriffen im Blick hat.”<sup>1720</sup>

Een derde reden dat het Hof inperking van het recht op seksuele zelfbeschikking in dit geval toelaatbaar acht is dat het incestverbod mede is gericht op het voorkomen van erfelijke aandoeningen bij het nageslacht. Zoals het BVerfG zelf beaamt gaat het hier in de kern om *eugenische Gesichtspunkte*. Met andere woorden, de wetgever, en in zijn kielzog het Hof, maakt hier gebruik van een biologistische redenering: het incestverbod is mede uit het oogpunt van de genetische gezondheid van de bevolking begrijpelijk en toelaatbaar. Uiteraard ligt deze opmerkelijke redenering gevoelig in een land waar de nazistische eugenetica in het collectieve geheugen gegrift staat. Maar, zo overweegt het Hof, het feit dat deze redenering in het verleden is misbruikt bij de ontrecting van mensen met genetische afwijkingen, ontnemt nog niet de geldigheid aan de redenering *an sich*:

“Die ergänzende Heranziehung dieses Gesichtspunktes zur Rechtfertigung der Strafbarkeit des Inzests ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil er historisch für die Entrectung von Menschen mit Erbkrankheiten und Behinderungen missbraucht worden ist.”<sup>1721</sup>

Hassemer heeft evenwel andere bezwaren. Hij beroept zich niet op de historische feiten, maar wijst op de mogelijke implicaties van de eugenetische redenering van de wetgever. Volgens deze logica zou men strikt genomen alle vormen van geslachtsverkeer (*Beischlaf*) die mogelijk resulteren in de geboorte van gehandicapte kinderen strafbaar moeten stellen, stelt Hassemer. Aangezien van een dergelijk algemeen verbod geen sprake is in het strafrecht, is het hem niet duidelijk waarom dat in het geval van een incestverhouding anders zou moeten zijn. Opvallend is dat Hassemer zich hierbij mede bedient van een redenering die bekend is uit de discussies rondom wrongful life:

“Ein Rechtsgutsträger, dessen mutmaßliche Interessen zur Rechtfertigung des Inzestverbots herangezogen werden könnten, existiert zum Zeitpunkt der Tathandlung neben dem betroffenen Geschwisterpaar nicht. Der Gedanke eines strafrechtlichen Schutzes potentieller Nachkommen vor genetischen Schäden setzt zudem die absurde Abwägung des mutmaßlichen Interesses potentiell gezeugten Nachwuchses an einem Leben mit genetischen Defekten einerseits mit einem mutmaßlichen Interesse an der eigenen Nichtexistenz andererseits voraus. Deshalb kennen wir aus guten Gründen eine Strafbarkeit des Beischlafs selbst dort nicht, wo die Wahrscheinlichkeit behinderten Nachwuchses höher ist und die erwartbaren Behinderungen massiver sind als beim Inzest.”<sup>1722</sup>

1720 BVerfG 26 februari 2008, r.o. 48.

1721 BVerfG 26 februari 2008, r.o. 49.

1722 BVerfG 26 februari 2008, r.o. 83.

Hoewel we uit de debatten over *Baby Kelly*-zaak weten dat de onmogelijkheid om gehandicapt leven met niet-leven te vergelijken niet voor iedereen doorslaggevend is, eindigt Hassemer dit citaat met een sterk punt. Als incest tussen broer en zus om biologische redenen verboden zou zijn, waarom zou de wetgever dan ook niet andere vormen van voortplanting of geslachtsverkeer verboden stellen? Zodra de overheid zich met de genetische gezondheid van het nageslacht bemoeit, komt de overheid gevaarlijk dicht bij een “teeltpolitiek”,<sup>1723</sup> gericht op het leven in biologische zin van haar burgers. Bovendien resulteert een incestueuze relatie niet per definitie in nageslacht.

Als laatste argument voor strafbaarstelling van incest stelt het Hof dat het hier gaat om een diepgeworteld taboe. Met de strafrechtelijke sanctionering van dit taboe is de wetgever volgens het BVerfG niet buiten zijn bevoegdheden getreden. De wetgever is niet zozeer van morele ideeën (*Moralvorstellungen*) uitgegaan, zo stelt het Hof, maar

“vielmehr rechtfertigt sich die angegriffene Strafnorm in der Zusammenfassung nachvollziehbarer Strafzwecke vor dem Hintergrund einer kulturhistorisch begründeten, nach wie vor wirkkräftigen gesellschaftlichen Überzeugung von der Strafwürdigkeit des Inzestes, wie sie auch im internationalen Vergleich festzustellen ist”.<sup>1724</sup>

Ook op deze redenering heeft Hassemer kritiek. Hij ziet niet in hoe de cultuurhistorische wortels van het incesttaboe en de internationale verwerping van incest het moralistische karakter aan deze afwegingen van de wetgever kunnen ontnemen.<sup>1725</sup> Wederom legt Hassemer daarmee de vinger op de zere plek. Inderdaad is niet onmiddellijk duidelijk wat het onderscheid is tussen de moraal van de meerderheid en de cultuurhistorische opvattingen waarop het Hof zich beroept. Op grond van een dergelijke redenering zou zelfs de onderdrukking van homoseksuelen kunnen worden gerechtvaardigd. De criminalisering van homoseksueel gedrag kan immers tot op zekere hoogte eveneens cultuurhistorisch verankerd worden genoemd. Kortom, cultuurhistorische denkbeelden kunnen uiteindelijk zelfs gebruikt worden om de onderdrukking van minderheden te legitimeren. De klager in deze zaak presenteert zich precies als zo’n onderdrukte minderheid, wiens recht op seksuele zelfbeschikking ten onrechte wordt ingeperkt. Uit berichten in de pers blijkt dat hij zijn heil nu bij het EHRM gaat zoeken.<sup>1726</sup>

1723 Om een uitdrukking van Sloterdijk te gebruiken, zie P. Sloterdijk, *Regels voor het mensenpark*, Amsterdam/Meppel: Boom 2000, p. 36.

1724 BVerfG 26 februari 2008, r.o. 50.

1725 In Hassemers eigen woorden: “Schließlich macht der Senat kein Hehl daraus, dass er gegen den strafrechtlichen Schutz einer “kulturhistorisch begründeten gesellschaftlichen Überzeugung” von der Strafwürdigkeit des Inzests letztlich nichts einzuwenden hat. Ich halte das für den Schutz einer gesellschaftlichen Moralvorstellung” (BVerfG 26 februari 2008, r.o. 50).

1726 Zie “Haftstrafe für Inzest-Täter – Patrick S. will weiterkämpfen”, *Der Spiegel*, 13 maart 2008, <[www.spiegel.de/panorama/justiz/0,1518,541246,00.html](http://www.spiegel.de/panorama/justiz/0,1518,541246,00.html)>.

In bovenstaande rechtzaken staat de spanningsverhouding tussen bestaande symbolische verboden en categorieën aan de ene kant, en subjectieve rechten als het recht op persoonlijke ontplooiing en seksuele zelfbeschikking aan de andere kant, centraal. In Vermeulens preadvies *Wie bepaalt de reikwijdte van grondrechten?* werd deze botsing beschreven als een conflict tussen de *subjectieve* en *objectieve* interpretatie van grondrechten. De moeilijkheid van dit conflict is dat de rechtsgoederen die hier worden betwist symbolisch uiterst beladen zijn. De vraag is of uiteindelijk zelfs de eerbied voor het gestorven lichaam en het huidige systeem van bloedverwantschap, waarbinnen incest niet geoorloofd is, dienen te worden vrijgegeven door het recht. Daarmee verbonden is de vraag of de discussie over de geoorloofdheid van vrijwillige incest en de beschermwaardigheid van het gestorven lichaam in de privé-sfeer thuis hoort. Zoals filosoof De Martelaere zich met enige ironie afvraagt: “Er is zo veel geprivatiseerd en geïndividualiseerd, waarom niet ook de taboes?”<sup>1727</sup> Kortom, dient het oordeel over dit soort zaken niet aan het individu te worden gelaten?

Voor Vermeulen is het duidelijk “dat er in juridische procedures ergens een grens is aan de betekenis die gehecht moet worden aan de interpretatie, die de betrokkene van het verbod op onmenselijke en onwaardige behandeling voor zijn situatie geeft.”<sup>1728</sup> Een dergelijke visie betekent dat er in het recht binnen zekere grenzen ruimte moet blijven bestaan voor een substantieel mensbeeld. De vraag is uiteraard wat de inhoud van dat substantiële mensbeeld is, en in welke gevallen dat mensbeeld voorrang heeft boven individuele voorkeuren, waarmee het immers kan botsen.

Bij de regulering van medische biotechnologie treedt deze spanning tussen symbolische verboden en geboden enerzijds, en subjectieve vrijheidsrechten anderzijds, op de voorgrond. Men kan zich afvragen of het symbolisch-juridische mensbeeld voldoende gewicht in de schaal legt om technieken te verbieden die wellicht een ieder ooit in staat zullen stellen zijn leven en lichaam te verbeteren, verlengen, vergemakkelijken en veranderen naar eigen voorkeur. Er wordt reeds gefantaseerd dat toekomstige toepassingen van de medische biotechnologie zullen leiden naar behandelmethoden voor tot nu ongeneeslijk geachte ziekten, het eeuwige leven mogelijk zullen maken, en eigenschappen zoals intelligentie, schoonheid en gezondheid binnen een ieders handbereik brengen. De huidige wetgeving op dit terrein omvat echter tal van absoluut geformuleerde verboden die aan deze mogelijkheden in de weg kunnen staan: verboden op reproductief en therapeutisch kloneren, kiembaangentherapie, het creëren van embryo's voor

1727 P. de Martelaere, “Taboe is taboe”, in: P. de Martelaere, *Verrassingen. Essays*, Amsterdam: Meulenhoff 1997, p. 25.

1728 B.P. Vermeulen, “Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten?” (Preadvies Vereniging Wijsbegeerte van het Recht 1992), in: *R&R* 1992 jrg. 21 afl. 1, p. 18.

andere doeleinden dan zwangerschap, de verkoop van lichaamsmateriaal, de creatie van mens-dier-combinaties etc. Deze verboden beogen de mens en het menselijke te beschermen tegen instrumentalisering, objectivering en verdierlijking. Maar wegen dergelijke motieven op tegen individuele belangen, subjectieve vrijheden en het potentiële nut voor het individu?

Zo zou stamcelonderzoek nieuwe behandelmethoden voor ziektes als Parkinson, diabetes en Alzheimer kunnen opleveren. Sommigen pleiten vanuit dat oogpunt voor de opheffing van het moratorium op de creatie van embryo's voor wetenschappelijke doeleinden, zodat wetenschappers niet langer afhankelijk zijn van rest-embryo's voor hun stamcelonderzoek. Een ander voorbeeld betreft de verboden vormen van kunstmatige voortplanting. Met name in angelsaksische kringen wordt er dikwijls aan een *right to procreation* gerefereerd. Hoewel men zich kan afvragen tot welke hoogte dat recht werkelijk wordt erkend,<sup>1729</sup> kunnen de repercussies ervan ver reiken wanneer dat recht ook van toepassing wordt geacht te zijn op toekomstige, controversiële vormen van voortplanting. In de woorden van Dworkin:

“Many of us regard reproductive freedom as a fundamental human right [...]. Can we continue in that conviction once we acknowledge even the bare possibility that such a right, once granted, would extend to the freedom to clone oneself or to design a child according to some supposed standard of perfection?”<sup>1730</sup>

De vraag is of men op grond van een recht op procreatie niet alleen het recht om vader of moeder te worden kan afdwingen, maar ook specifieke vormen van voortplanting, waarbij van genetische selectie of manipulatie gebruik wordt gemaakt. Zoals Eijkholt schrijft: “Stel dat het vrij is om te beslissen om een ouder te worden, waarom zou die vrijheid zich dan niet uitstrekken over de beslissing over wie je een ouder wordt.”<sup>1731</sup> Deze stelling is geenszins vergezocht. Integendeel, de vrijheid om bijvoorbeeld via genetische selectie te kiezen over wie je ouder wordt, heeft de Hoge Raad impliciet erkend in zijn *Baby Kelly*-arrest. De Hoge Raad oordeelde met betrekking tot de wrongful birth vordering van Kelly's ouders, dat het zelfbeschikkingsrecht van de ouders was doorkruist,<sup>1732</sup> zodat immateriële schadevergoeding op haar plaats was. Bij nadere inspectie van de uitspraak ligt aan dit zelfbeschikkingsrecht het belang van de ouders ten grondslag om bij tijdige detectie van een genetische afwijking ervoor te kunnen kiezen de ongeboren vrucht te aborteren.

Het is bovendien goed voorstelbaar dat in de toekomst nieuwe vormen van kunstmatige voortplanting onderdeel worden van het emancipatiestreven van

1729 Zie hierover M. Eijkholt, “Het recht op procreatie: voldragen of in statu nascendi?”, *TvG* 2007, p. 2-13.

1730 Dworkin 2000, p. 447.

1731 Eijkholt 2007, p. 4.

1732 Zie hierover 3.1.4 en 5.1.3.

bepaalde groeperingen. Zo biedt kloneren een middel tot voortplanting voor onvruchtbare of homoseksuele koppels. Daarnaast kan worden gedacht aan de kunstmatige baarmoeder (ectogenese), die de vrouw kan 'bevrijden' van de lichamelijke lasten verbonden aan de zwangerschap. Op die manier zou ook op biologisch niveau gelijkheid tussen mannen en vrouwen worden verwezenlijkt, zo stellen sommige auteurs.<sup>1733</sup> Het is daarmee niet ondenkbaar dat legalisering van ectogenese ooit een feministisch strijdpunt wordt. Gecombineerd kunnen de kunstmatige baarmoeder en kloonertechnieken de mogelijkheden tot voortplanting drastisch uitbreiden. Niet alleen heteroseksuele koppels, maar ook alleenstaanden en homoseksuele koppels zouden in staat zijn zich voort te planten zonder in lichamelijk opzicht afhankelijk te zijn van derden. Kortom, deze vormen van kunstmatige voortplanting kunnen uitmonden in een uitbanning van biologische ongelijkheden, en omvatten op die manier een verstrekkend middel tot emancipatie van onder meer vrouwen, onvruchtbaren, alleenstaanden en homoseksuelen.

De beloftes van de medische biotechnologie sluiten aan bij de diepste verlangens die mensen sinds lang koesteren: het verlangen naar nageslacht, uitbanning van ziektes, lichamelijke perfectie, eeuwige jeugd en onsterfelijkheid. Kan men op basis van de menselijke waardigheid mensen ervan weerhouden deze verlangens te proberen te verwezenlijken? Vanuit het oogpunt van de individuele vrijheden is het moeilijk bezwaren te bedenken tegen deze liberale eugenetica, ofwel de verbetering van de mens op vrijwillige basis. Biedt de menselijke waardigheid voldoende rechtvaardiging om genetische manipulatie en reproductief kloneren te verbieden, ook als mensen er zelf volledig mee instemmen? Met welk recht wordt een bepaalde symbolische visie op de mens geponeerd als de enige juiste visie op de mens?

Kortom, op grond van het symbolisch-juridische mensbeeld wordt een collectieve ethiek in de plaats van individuele *conceptions of the good* gesteld. De interpretatie van de menselijke waardigheid die aan het verbod op verschillende biomedische handelingen ten grondslag ligt, is dan ook menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie, ofwel *human dignity as constraint*. Hoewel deze opvatting van de menselijke waardigheid aan de basis van mensenrechten staat, legt zij in deze context grenzen op aan de uitoefening van vrijheidsrechten. In de andere opvatting van menselijke waardigheid wordt het vermogen van het individu tot vrije wilsbepaling als uitgangspunt gehanteerd, namelijk *human dignity as empowerment*. Vanuit een dergelijke opvatting is het aan het individu om af te wegen of hij gebruik zal maken van biomedische technieken, uiteraard op voorwaarde dat deze technieken geen gevaar voor anderen opleveren.

1733 Zie hierover M. Iacub (2002b), *Le crime était presque sexuel*, Parijs: Flammarion 2002, p. 340 e.v.; en H. Atlan, *L'utérus artificiel*, Parijs: Seuil 2005, hoofdstuk 9.



In deze paragraaf is beschreven hoe de bestaande grenzen en categorieën, die sterk samenhangen met traditionele verboden en geboden van symbolische aard, via een beroep op subjectieve vrijheidsrechten worden aangevochten. Men kan zich daarom afvragen of aan het recht überhaupt antwoorden kunnen worden ontleend op vragen over de betekenis van het menszijn, en over het begin, het einde en de waarde van het menselijke leven. Beschikt de jurist over het nodige vocabulaire? Van Asperen acht het van groot belang “dat er en public gesproken kan worden over zin- en waarde vragen op een meer dan essayistische, of toeval-lige manier”. Zij pleit daarom “voor het ontwikkelen van een seculier vocabulaire voor het thematiseren van die vragen”.<sup>1734</sup> De vraag is of het recht en zijn categorieën kunnen bijdragen aan dat seculiere vocabulaire, gezien de (toenemende) mate waarin het recht wordt bepaald door het denken in termen van subjectieve rechten en vrijheden.

#### 8.4.3 *De natuurwetenschappelijke betwisting van taboes*

Niet alleen worden de bestaande symbolisch-juridische geboden en verboden betwist op grond van subjectieve aanspraken en individuele rechten, maar ook worden zij gerelativeerd door natuurwetenschappelijke visies op het menselijke leven. Wat dat betreft kan worden gesproken van vervaging en verbrokkeling van de symbolische representaties van de mens en zijn lichaam van twee kanten.

Vanuit een natuurwetenschappelijke of utilistische kijk op de wereld zijn symbolische verboden ongegrond. Waarom zou men het menselijk lichaam ook na de dood met respect moeten behandelen? Van pijn of ongerief kan dan geen sprake meer zijn. Op een bepaald moment na de dood is er bovendien nog maar weinig over van de uiterlijke verschijningsvorm van een mens. En waarom zou men blijven vasthouden aan de menselijke waardigheid? Uit de evolutionaire biologie en genetisch onderzoek blijkt immers de biologische verwantschap tussen mensen en dieren, met name mensapen. Tot slot, waarom zou men het leven van pasgeborenen en geestelijk gehandicapten meer moeten respecteren dan dat van dieren? Zij zijn niet meer of nog niet in staat tot vrije wilsbepaling, en kennen wellicht slechts ervaringen van pijn en ongemak.

Symbolische ver- en geboden kunnen niet worden begrepen binnen een feitelijke, natuurwetenschappelijke benadering van de werkelijkheid. Typerend voor de logica van symbolen is juist dat zij niet herleidbaar zijn tot de feiten en verschijnselen uit de natuur of tastbare werkelijkheid. Symbolen markeren veel-  
eer, in de woorden van Moyaert, *de overgang van natuur naar cultuur*. Biologische grenzen en gebeurtenissen worden ingebed en krijgen een culturele duiding. Moyaert illustreert de afstand die bestaat tussen de symbolische en de biologische werkelijkheid interessant genoeg aan de hand van onder meer het verbod

---

<sup>1734</sup> Van Asperen 1993, p. 102.

op incest en op lijkschennis, de twee taboes die in de boven besproken Duitse rechtzaken ter discussie werden gesteld.

Zo wordt het incestverbod soms biologisch of evolutionair verklaard en gerechtvaardigd. Vanuit een dergelijk standpunt is incest verwerpelijk omdat zij schadelijk is voor de gezondheid van de bevolking, en biologisch gezien op tegennatuurlijk gedrag berust. Men wijst er daarbij veelal op dat erfelijke afwijkingen in het geval van inteelt worden versterkt, en dat ook onder dieren incest nauwelijks voorkomt. Zoals hiervoor bleek beriep ook het Duitse constitutionele hof zich op dergelijke *eugenische Gesichtspunkte*<sup>1735</sup> om de grondwettelijkheid van het incest-verbod te onderbouwen. Het Hof oordeelde dat het incest-verbod mede uit het oogpunt van de preventie van genetische schade aan toekomstige kinderen toelaatbaar was.

Toch moet volgens Moyaert hierin niet de kern worden gezocht voor de morele verontwaardiging over incest: “Het probleem [...] is [...] dat deze consequentialistische redenering en de wetenschappelijke fundering van de natuurwet onvermijdelijk in conflict komen met ons moreel besef dat incest onder geen enkele voorwaarde moreel toelaatbaar is.”<sup>1736</sup> Hij maakt dat duidelijk aan de hand van een gedachtenexperiment. Wanneer men in staat zou zijn de schadelijke effecten van incest via genetische manipulatie weg te nemen, zou dat niets afdoen aan het taboe dat op incest rust.

Ook de eerbied voor het gestorven lichaam en de rustplaats kan op die manier worden begrepen. Net zoals de dood van een persoon niet slechts een biologisch gegeven is, maar daarnaast een veelbetekenende gebeurtenis betreft die is omgeven door bijzondere gebruiken, zo is ook de status van het lijk niet te vergelijken met de status van een willekeurige zaak. Het respect dat men aan het gestorven lichaam betuigt kan niet worden afgeleid uit de tastbare werkelijkheid. Moyaerts beschouwing over de functie van een grafsteen kan het een en ander verduidelijken:

“Een grafsteen stelt ons in staat een onderscheid te bewaren op het ogenblik dat de verschillen op een reëel niveau verdwijnen. Wanneer een individu sterft, duurt het niet lang of zijn lichamelijke substantie wordt volstrekt onherkenbaar en al snel kunnen wij het verschil tussen zijn stoffelijk overschot enerzijds en stof en as anderzijds niet meer zien. Respect hebben voor de overledenen betekent ook eerbied tonen voor symbolische merktekens als een grafsteen. [...] Een graf markeert de breuk tussen natuur en cultuur, en *creëert een verschil* zelfs daar waar er op het niveau van het reële geen verschil aan beantwoordt.”<sup>1737</sup>

1735 BVerfG 26 februari 2008, r.o. 49.

1736 Moyaert 1994, p. 66.

1737 Moyaert 1994, p. 35.

Door de rituelen die de menselijke dood omringen wordt bovendien het onderscheid tussen mens en dier onderstreept: wanneer we een skelet vinden noemen we het menselijk als het in een graf ligt.<sup>1738</sup> Een ander punt is dat de rituelen niet slechts kunnen worden begrepen als uitdrukking van een ieders persoonlijke gevoelens, of van een reeds bestaand respect. Moyaert benadrukt met Lacan dat deze gevoelens en dit respect niet zozeer de bron als wel het product van de symbolische orde vormen. Met andere woorden, vanuit een dergelijk perspectief vormen symbolische geboden en verboden niet de representatie of essentie van een bestaande praktijk, maar gaan zij daar juist aan vooraf.<sup>1739</sup> Zij creëren de ‘zin’ van die praktijk.

Op dezelfde manier is het respect voor de waardigheid van de mens niet terug te voeren op reëel bestaande eigenschappen van de mens. Naar aanleiding van het absolute verschil tussen mensen en dieren, dat aan de menselijke waardigheid ten grondslag ligt, stelt Moyaert dat de plicht om dit verschil te accepteren niet kan

“worden gegrond in de reële, essentiële eigenschappen van de mens. In de wezenlijke eigenschappen van de mens vinden we geen objectieve reden waarom alleen aan de mens een onvoorwaardelijk respect toekomt. We kunnen er overigens geen reden voor vinden omdat de wet juist zegt dat we de mens omwille van niets moeten respecteren. De symbolische orde kan noch in een voorafgegeven essentie, noch in onze natuurlijke gevoelens worden gefundeerd”.<sup>1740</sup>

Binnen deze visie op de menselijke waardigheid wordt geen voorgegeven, waarneembare menselijke natuur tot uitgangspunt genomen, maar een symbolische duiding van de mens. Daarmee botsen het symbolisch mensbegrip en andere symbolische onderscheidingen met name met empirische en utilistische benaderingen:

“Symbolische onderscheidingen zijn niet gebaseerd op en als zodanig niet afhankelijk van een objectieve (rationele, wetenschappelijke) kennis van de wereld. In een bepaald opzicht heeft het geen zin te vragen of het absolute verschil tussen mens en dier, kind en volwassene, man en vrouw kan worden gerechtvaardigd. Zodra we naar een rationele verantwoording zoeken, vinden we onmiddellijk voldoende redenen om dergelijke absolute onderscheidingen op te geven. In het licht van op rationele principes gebaseerde classificaties verschijnen symbolische onderscheidingen onvermijdelijk als arbitrair en als overbodig. Waarom een radicaal onderscheid als

---

1738 Moyaert verwijst hierbij naar Lacan (Moyaert 1994, p. 35).

1739 “Een symbolische orde is *niet* de representatie van de *essentie* van respect” (Moyaert 1994, p. 71).

1740 Moyaert 1994, p. 71.

dat tussen mens en dier bewaren en respecteren, als uit allerhande wetenschappelijke studies blijkt dat er tussen beide alleen maar graduele verschillen bestaan? Waarom aan de mens een afzonderlijke plaats in het universum toekennen, als die specificiteit niet op een sluitende manier kan worden gefundeerd in een geheel van wezenskenmerken? Waarom op het niveau van de symbolische orde verschillen bewaren, als men die verschillen op het niveau van het betekende niet terugvindt? Hieruit volgt dat de symbolische orde, ofschoon ze in principe autonoom is, toch voortdurend *onder druk staat* en dat er onvermijdelijk een soms conflictueuze spanning kan ontstaan tussen de betekenaar en het betekende.<sup>1741</sup>

Van het contrafactische en artificiële gehalte van deze visie op de mens en het menselijke begint men zich door recente wetenschappelijke inzichten steeds verder bewust te worden. Bij gevolg wordt ook het geloof in de mens van de mensenrechten aan het wankelen gebracht. De wetenschappelijke bevindingen brengen aan het licht dat het beeld van de mens als vrij, uniek, en verheven boven andere dieren niet is gegrond in de feiten. Fernández-Armesto wijst op zes oorzaken van de ondergraving van het westerse mensbegrip, zoals met name is neergelegd in de menselijke waardigheid, waarvan vijf bronnen uit wetenschappelijke hoek komen: de primatologie, de paleoantropologie, hedendaagse interpretaties van de evolutie-leer, kunstmatige intelligentie en genetisch onderzoek.<sup>1742</sup> In deze disciplines liggen visies op de mens besloten die op verschillende manieren strijdig zijn met de symbolische kijk op de mens. In aansluiting hiermee constateert Guillebaud in zijn boek *Le principe d'humanité* een vervaging van het symbolische mensbegrip op vier niveaus. De dreigende reducties van het mensbegrip die hij onderscheidt zijn: een reductie van de mens tot een dier, tot een machine, tot een ding of koopwaar, en tot een leverancier van organen. Hij spreekt in dat verband van *l'humanité assiégée*, de mensheid en menselijkheid die worden belegerd van verschillende kanten.<sup>1743</sup>

Anders gezegd, vanuit deze ontwikkelingen bezien, berust de menselijke waardigheid op een waanidee. De natuurrechtelijke beginselen die aan de mensenrechten ten grondslag liggen, maken met name vanuit de natuurwetenschappelijke perceptie van de menselijke natuur een achterhaalde indruk. Daarin gaat volgens de auteurs van *From chance to choice* dan ook het spanningsveld tussen de medische biotechnologie en bestaande rechtvaardigheidsnoties schuil:

“Human nature has traditionally been regarded not only as that which unites us with one another and distinguished us from other kinds of beings, but also as un-

1741 Moyaert 1994, p. 42-43.

1742 Zie Fernández-Armesto 2005, p. 7-12. De andere bron die hij noemt is de dierenrechtenbeweging.

1743 Guillebaud 2001, p. 49.

changing. So the possibility of changing even our ‘essential’ characteristics would seem to render the very concept of human nature obsolete, so far as it includes the idea of an unchanging core of essential characteristics. To the extent that our theorizing about justice has been based upon assumptions about human nature, and in particular on the assumption that there is (and will remain) one human nature that provides the basis for the moral equality of persons, the radical malleability of life through the application of genetic science presents yet another basic challenge to our thinking about justice.”<sup>1744</sup>

Bovendien kan van een dergelijk empirisch-biologisch begrip van de menselijke natuur weinig sturing uitgaan bij de regulering van de biomedische ontwikkelingen, aangezien deze ontwikkelingen de menselijke natuur in biologisch opzicht nu juist tot een manipuleerbaar en veranderlijk geheel maken. Sterker nog, vanuit een dergelijke invalshoek geredeneerd is het niet vreemd als het recht, inclusief de mensenrechten, ondergeschikt worden gemaakt aan de biomedische wetenschap, zoals in hoofdstuk 7 uitgebreid is beschreven. In Gutwirths woorden:

“Indien het natuurrecht – voor zover zoiets kan bestaan – het recht is dat gegeven wordt door de natuur zelf, en die natuur zelf slechts kan gekend worden door de wetenschappen, dan is het begrijpelijk dat het natuurrecht overrompeld wordt door de wetenschappen, en meteen dat hun problematisering tot diep in het juridische veld moet weergalmen.”<sup>1745</sup>

Het is echter evident dat de juridische en de natuurwetenschappelijke conceptie van de mens en zijn lichaam niet samenvallen. Er bestaat een discrepantie tussen de biologische benadering van het lichaam, en de betekenissen en waarden waarmee het lichaam in de leefwereld is omgeven. Deze betekenissen en waarden uit de leefwereld werken in het recht door. In het vorige hoofdstuk is stilgestaan bij de manier waarop een strikt biologische interpretatie van de menselijke natuur en de juridische persoon resulteert in een verschrompelde en zelfs totalitaire vorm van recht. Het mensenrechtelijk begrip van de mens en de menselijke natuur is dan ook aanzienlijk rijker en gelaagder dan dat. De conclusie luidde toen dat het natuurbegrip van de mensenrechten niet als een empirische, waarneembare of biologische natuur kan worden begrepen. Als men zoiets al ‘natuurrecht’ zou willen noemen, dan zou het een uitermate uitgedunde en zelfs geperverteerde versie van natuurrecht zijn. Zoals filosoof De Dijn het stelt: “De basis van de men-

1744 A. Buchanan, D. Brock, N. Daniels en D. Wikler, *From chance to choice: Genetics and justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, p. 87-88.

1745 S. Gutwirth, *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap: een onderzoek naar de verhouding tussen recht en wetenschap met bijzondere illustraties uit het informaticarecht* (diss. Brussel VU), Brussel/Antwerpen: VUBPress/Maklu 1993, p. 459.

selijke waardigheid is [...] – in antropologische termen gesproken – geen natuurlijke, maar een symbolische karakterisering: te behoren tot één familie.”<sup>1746</sup>

Men zou daarom kunnen stellen dat de opkomst van het reductionistische mensbeeld van de medische biotechnologie de jurist ertoe dwingt zich bewuster te worden van de symbolische dimensie van het recht, en deze nader te expliciteren. Een dergelijke reactie is in het biorecht terug te zien in de vorm van hernieuwde reflectie over de juridische betekenis van de menselijke waardigheid in de context van biomedische technieken. De promotie van de menselijke waardigheid tot centraal juridisch beginsel bij de regulering van de medische biotechnologie getuigt van een resymboliseringstendens in het recht.

#### 8.4.4 Resymbolisering van de juridische persoon

In deze paragraaf is gebleken dat symbolische categorieën, binnen en buiten het recht, voortdurend onder druk staan. In het recht zien we deze tendens tot desymbolisering in twee vormen terug: op basis van subjectieve vrijheidsrechten, en op basis van een empirische, natuurwetenschappelijke blik op de werkelijkheid. Parallel aan deze wetenschappelijke en postmoderne ontmanteling van symbolische visies op de mens, is er echter ook een opleving van de mensenrechten en menselijke waardigheid in rechtspolitieke context waar te nemen, die op verschillende manier in dit onderzoek is beschreven. De menselijke waardigheid is immers niet minder dan de kernwaarde van het recent opgekomen biorecht. Zo staat er in de *Explanatory report* van het Biogeneeskunde-verdrag te lezen: “The concept of human dignity, which is also highlighted, constitutes the essential value to be upheld.”<sup>1747</sup> Men tracht op die manier ook in juridische context uitdrukking te geven aan de gedachte dat de mens meer is dan zijn vlees en bloed, en op grond daarvan bescherming verdient tegen het gevaar van biomedisch reductionisme. Een goed voorbeeld is artikel 3 van de International Declaration on Human Genetic Data (UNESCO): “[...] a person’s identity should not be reduced to genetic characteristics, since it involves complex educational, environmental and personal factors and emotional, social, spiritual and cultural bonds with others and implies a dimension of freedom.”

Men kan naar aanleiding van deze parallelle ontwikkeling van een paradox spreken, zoals Fernández-Armesto dat doet in de krachtige beginwoorden van zijn boek:

1746 H. de Dijn, *Taboes, monsters en loterijen. Ethiek in de laat-moderne tijd*, Kapellen/Kampen: Pelckmans en Klement 2003, p. 32.

1747 *Explanatory Report to the convention of human rights and biomedicine*, DIR/JUR (97)5, sub 9 (<[www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/164.htm](http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/164.htm)>).

“Er is sprake van een paradox. Gedurende de laatste dertig, veertig jaar hebben we bijzonder veel aandacht, betrokkenheid, kosten en moeite besteed aan wat we menselijke waarden noemen, het opkomen voor de menselijke waardigheid en het menselijk leven. In diezelfde periode spanden wetenschap en filosofie zich niets-ontziend, zij aan zij in om onze traditionele opvattingen over het menszijn te ondergraven. Met als gevolg dat de samenhang van ons begrip van wat het betekent mens te zijn nu aan twijfel onderhevig is. En als het begrip ‘mens’ al onsamenvattend is, wat blijft er dan over van de ‘menselijke waarden’? De mensheid wordt bedreigd: niet door de bekende dreiging van ‘massale vernietiging’ en ecologische overkill – maar door een conceptueel gevaar.”<sup>1748</sup>

In het kader van deze resymbolisering is de functie van de menselijke waardigheid niet langer beperkt tot onderliggend, abstract beginsel van de mensenrechten, maar wordt zij eveneens tot een leidraad van concreet biomedisch handelen. De resymbolisering van het recht fungeert immers als juridische tegenkracht van de biomedische ontwikkelingen. De nationale en internationale rechtsgemeenschap lijkt zich ervan bewust dat de mensheid en menselijke waardigheid waarnaar in de constitutionele teksten wordt verwezen als symbolische representaties van de mens moeten worden begrepen, die de mens kunnen beschermen tegen onderwerping, commercialisering, reïficatie, instrumentalisering en opsplitsing.

In het licht van deze resymbolisering is te begrijpen dat in het juridisch kader rondom de medische biotechnologie een hernieuwd beroep wordt gedaan op symbolische geboden en verboden, zoals de taboes rondom de dood en voortplanting. Zo krijgt de beschermwaardigheid van het lijk een nieuwe betekenis in het licht van de medische biotechnologie. Hoewel het gestorven lichaam in zijn onderdelen een bron van waardevol materiaal vormt voor de medische praktijk, blijft de wetgever benadrukken dat het lijk niet gelijk te stellen is aan een willekeurige zaak. Hetzelfde kan worden gesteld ten aanzien van het verbod op commercialisering van lichaamsdelen of -materiaal. De dominantie van de giftethiek in deze materie vormt een indicatie van de invloed van antropologische onderscheidingen en categorieën.

Ook het internationale verbod op reproductief kloneren kan worden begrepen in samenhang met symbolische geboden en verboden. De kloontechniek resulteert immers in een ondergraving van de symbolisch beladen grenzen van het sekse-verschil en zelfs het generatie-verschil.<sup>1749</sup> Om met het laatste te beginnen, de klonertechniek zet het systeem van de bloedverwantschap drastisch op

<sup>1748</sup> Fernández-Armesto 2005, p. 7.

<sup>1749</sup> In de woorden van Pessers: “Het klonen van een kind, ofwel het op de wereld zetten van een auto-copie, betekent de definitieve ontsnapping aan de primordiale menselijke conditie, belichaamd in de twee biologische wetten waaraan niemand kan ontsnappen en waarvan de symbolisering aan elke cultuur ten grondslag ligt: die van het sekseverschil en die van het generatieverschil” (Pessers 2003b, p. 64).

zijn kop. In Pessers' woorden: "Een gekloond kind, bijvoorbeeld een dochter, is immers zowel het kind als de zuster van haar moeder, zowel de kleindochter als de dochter van haar grootmoeder, zowel de nicht als de zuster van haar tantes, zowel de nicht als de tante van haar neven en nichten."<sup>1750</sup> Daarnaast berust het kloneren op een vergaande deseksualisering van de voortplanting. Om zich voort te planten is de andere sekse in biologisch opzicht overbodig, hoewel mannen met kloon-ambities nog wel een ontkernde eikel nodig zullen hebben. Voortplanting wordt dan een volledig solitaire aangelegenheid.

Tegen deze achtergrond kan men ook de overeenkomst tussen het incestverbod en het kloonverbod begrijpen. Wanneer we het incestverbod beschouwen als onderdeel van het exogamiegebod, ofwel de verplichting om buiten stam- of familieverband te huwen, dan kan de gelijkenis tussen het verbod op incest en het verbod op kloneren nader worden geduid. Uit de antropologische literatuur blijkt hoe het aangaan van relaties buiten de familie van primordiaal belang is voor socialisering en humanisering. Zo ziet men in vroegere samenlevingen reeds hoe het uithuwelijken van vrouwen aan leden van andere stammen de samenwerking en communicatie met mensen van buiten de eigen familie of gemeenschap mogelijk maakte. Pessers legt het in haar proefschrift, onder verwijzing naar Lévi-Strauss, als volgt uit:

"Wanneer de biologische eenheid van de bloedverwantschap wordt doorbroken doordat er buiten de biologische eenheid verwantschapsbetrekkingen worden aangegaan, stijgen de overlevingskansen van de groep en ontstaan er sociale relaties met andere groepen. Het incestverbod is daarom functioneel voor het – primaire – exogamieverbod. Incestverbod en exogamiegebod transformeren natuur in cultuur en zijn daarom de meest fundamentele – want primordiale – wederkerigheidsregels."<sup>1751</sup>

Op dezelfde manier kunnen de heftige reacties op incest volgens haar worden verklaard: "incest tast de vitaliteit van een cultuur aan." Een belangrijk aspect van de morele verontwaardiging over kloneren ligt in het verlengde hiervan. Kloneren berust net als incest op een ontkenning van het exogamiegebod, dat een fundamentele drijfkracht van socialiseringsprocessen vormt. Zoals Pessers naar aanleiding van kloneren schrijft:

"Met het verdwijnen van het sekseverschil als voorwaarde voor de voortplanting, verdwijnen ook de sociale gevolgen daarvan. Men hoeft geen man of vrouw meer buiten de eigen familie te zoeken, families worden niet meer met elkaar in contact gebracht, huwelijk en voortplantingsrelaties tussen de seksen zijn niet meer een motor voor sociale integratie en cohesie. Want er bestaat alleen nog maar ver-

1750 Pessers 2003b, p. 64-65.

1751 Pessers 1999, p. 68.



wantschap op basis van het identieke. De instandhouding van de groep dwingt er niet meer toe buiten de eigen stam of familie te treden, de angst voor de ander te overwinnen, en door middel van giften tot vrede te komen met de vreemdeling. De natuurstaat lijkt zijn herintrede te doen, bij wijze van een terugkeer van het verdrongene.”<sup>1752</sup>

Niet alleen vertonen het kloon- en incestverbod op die manier overeenkomsten, maar ook is het denkbaar dat de overheid in een toekomst waar kloneren als voortplantingstechniek een algemeen aanvaarde en breed toegepaste praktijk is geworden, het incestverbod een nieuw leven inblaast. In een dergelijke toekomst zou het risico op incest, geïnterpreteerd als seksueel contact tussen mensen die in biologisch-genetisch opzicht verwanten zijn, immers enorm toenemen. Het scenario van de futuristische film *Code 46*<sup>1753</sup> van Michael Winterbottom is op deze premisse gebaseerd. De film vertelt het verhaal van een genetisch gedoemde liefde in een toekomst waarin kloneren op grote schaal plaatsvindt. In deze samenleving is vrijwillige incest verboden op grond van de volgende bepaling uit de fictieve wet waarnaar de film is vernoemd:

“Art. 1: Any human being who shares the same nuclear gene set as another human being is deemed to be genetically identical. The relation of one are the relations of all. Due to IVF, DI embryo splitting and cloning techniques it is necessary to prevent any accidental or deliberate genetically incestuous reproduction. Therefore:

- i. All prospective parents should be genetically screened before conception. If they have 100%, 50% or 25% genetic identity, they are not permitted to conceive.
- ii. If the pregnancy is unplanned, the foetus must be screened. Any pregnancy resulting from 100%, 50%, or 25% genetically related parents must be terminated immediately.
- iii. If the parents were ignorant of their genetic relationship then medical intervention is authorised to prevent any further breach of Code 46.
- iv. If the parents knew they were genetically related prior to conception it is a criminal breach of Code 46.”

Met andere woorden, in deze film krijgt het incestverbod binnen de context van kunstmatige voortplantingstechnieken nieuwe relevantie. Daarop kan echter worden afgedongen dat de ratio van deze wet niet geheel overeenkomt met de uitleg die hierboven aan het incestverbod werd gegeven. Gezien de radicale medische maatregelen die op basis van *Code 46* mogen worden getroffen, is waarschijnlijk de belangrijkste achterliggende gedachte van deze wet de bescherming van de volksgezondheid, en niet zozeer bescherming van symbolische grenzen. Bovendien illustreert deze fictieve wet hoe het risico van ongebreidelde biomacht

---

<sup>1752</sup> Pessers 2003b, p. 64.

<sup>1753</sup> *Code 46* (2003) van Michael Winterbottom (zie <[www.imdb.com/title/tt0345061](http://www.imdb.com/title/tt0345061)>).

van de staat in kwesties van biotechnologie op de loer ligt. De film vormt een schrikbeeld van uit de hand gelopen bioregulering.

De conclusie moet luiden dat de medische biotechnologie een slingerbeweging tussen desymbolisering en resymbolisering in het recht op gang brengt. Om met het eerste te beginnen, we hebben gezien dat de biomedische wetenschappen niet alleen aanzetten tot een fysieke deconstructie van de mens, maar zij de mens ook in zijn antropologische zelfbeeld treffen, in zijn “gattungsethisches Selbstverständnis”, zoals de eerder geciteerde woorden van Habermas luiden. Deze desymbolisering wordt versterkt door de subjectiefrechtelijke betwisting van symbolische categorieën in het recht. De biomedische deconstructie of desymbolisering heeft echter weer een tegengestelde beweging op gang gebracht. Binnen de regulering van de biomedische technologie zijn we immers getuige van de heropleving van het beginsel van menselijke waardigheid. Op die manier mondt de medische biotechnologie uit in een dialectiek tussen desymbolisering en resymbolisering van de menselijke persoon.

Nu de menselijke waardigheid wordt ingeschakeld als centraal rechtsbeginsel bij de regulering van de biomedische praktijk, kan de menselijke waardigheid in haar juridische vorm geen holle frase of vrijblijvend principe blijven. Maar waarin is de menselijkheid van de mens gelegen? Verschillende definities van de mensheid worden gegeven: biologische, genetische, religieuze, medische, antropologische, psychologische, sociologische, historische etc. De jurist dient zich een weg te banen door dit labyrint van mensbeelden. Bij welk mensbeeld dient het recht aansluiting te zoeken? En is het symbolisch persoonsbegrip van de menselijke waardigheid nog wel geloofwaardig temidden van deze nieuwe en andersoortige visies op de mens? Guillebaud beschrijft de verwarring als volgt:

“Comment pourrions-nous promouvoir les droits de l'homme si la définition de l'homme est scientifiquement en question? Comment conjurerons-nous les crimes contre l'humanité si la définition de l'humanité elle-même devient problématique?”<sup>1754</sup>

Met Guillebaud kan men zich afvragen of de mensenrechtelijke benadering van de mens de opmars van het biomedische mensbeeld zal overleven. Hoe kunnen we in het recht blijven vasthouden aan de menselijke waardigheid, nu de recente biomedische inzichten definitief hebben ‘bewezen’ dat deze visie op de mens niet overeenkomt met de objectieve feiten? Een mogelijk antwoord op deze vraag luidt: door het symbolische karakter van de rechten van de mens te onderkennen, en de inhoud van deze symbolische voorstelling nader te trachten te duiden. Het is juist door het symbolische, fictieve karakter van de menselijke waardigheid te erkennen en te benadrukken, dat de jurist en de wetgever het mensenrechtelijk

---

1754 Guillebaud 2001, p. 18.

persoonsbegrip weerbaar kunnen maken tegen de dreigende reducties van de mens, en de ondermijning van de ficties die samenhangen met de menselijke waardigheid. Ook wordt op die manier de autonome, bemiddelende functie van de rechtswetenschap veilig gesteld (7.8). In de volgende paragrafen zal ik nader ingaan op de inhoud van het symbolisch-juridische persoonsbegrip.

## 8.5 De principiële ambivalentie van de menselijke waardigheid

### 8.5.1 De menselijke persoon als eenheid van geest en lichaam

Eerder in dit hoofdstuk is stilgestaan bij de dogmatische grondslagen van de mensenrechten. Betoogd werd dat de mens van de mensenrechten geen biologische categorie is, ook al staat hij, meer dan de persoon in technisch-juridische zin, in verbinding met de biologische en sociale werkelijkheid. Het mensenrechtelijke persoonsbegrip moet daarentegen worden opgevat als een antropologische en symbolische representatie van de mens. De mens van de mensenrechten is een *fiction protectrice*, die in dienst staat van de bescherming van de mens als geestelijk en biologisch wezen. Met andere woorden, een belangrijk element van de fictie van de menselijke persoon is gelegen in de bescherming van de mens tegen dehumanisering.

Aan de hand van de analyses van Arendt en Agamben in het vorige hoofdstuk is niet alleen naar voren gekomen dat de menselijke persoon en menselijke natuur waarvan sprake is in de mensenrechten geen biologische begrippen zijn. Bovenal werd duidelijk dat deze dogmatische categorieën uit het geldende recht juist, en zelfs vooral, moeten beschermen tegen een reductie van de mens tot uitsluitend een biologisch, lichamelijk wezen. Uiteindelijk bestaat er tussen het begrip “menselijke natuur” dat aan de basis van de mensenrechten staat enerzijds, en de biologische interpretatie van de menselijke natuur anderzijds, niet alleen een afstand, maar zelfs een inherente tegenstelling. Het is juist tegen het gevaar van een *conception bouchère de l’humanité* (“een slagersbenadering van de mensheid”), zoals Legendre dat pregnant uitdrukt,<sup>1755</sup> dat de menselijke waardigheid die de mens ‘van nature’ toekomt zich verzet.

Tot nu toe zijn in dit hoofdstuk vooral de tegennatuurlijke aspecten van de symbolische benadering belicht (menselijke waardigheid als humaniserende *fictie*, symbolische *constructie* of *contrafactisch* begrip). Daarbij werd benadrukt dat de menselijke waardigheid en het bijbehorende persoonsbegrip niet uit de biologi-

1755 P. Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident. Aspects théoriques*, Parijs: Fayard 1999, p. 114. Zie ook G. Lhuillier, “L’homme-masque. Sur la dimension anthropologique du droit”, *Methodos. Savoir et textes*, nr. 4 (2004), “Penser le corps”, <[www.methodos.revues.org/document125.html](http://www.methodos.revues.org/document125.html)>; en Supiot 2005, p. 71.

sche feiten kunnen worden afgeleid. Hierdoor kan ten onrechte de indruk zijn ontstaan dat deze benadering van de persoon in weinig opzichten verschilt van het artificiële persoonsbegrip.

In de komende paragrafen wordt betoogd dat het rechtsbeginsel van de menselijke waardigheid een juridische symbolisering van de lichamelijke aspecten van het menselijk bestaan tot stand brengt. Met andere woorden, binnen het waardigheidsbegrip dat men in het biorecht hanteert wordt geen scherpe grens tussen recht en biologische werkelijkheid getrokken, maar tracht men de biologische feiten en grenzen in het recht een symbolische betekenis te geven.

Het is precies op dit punt dat een puur kantiaanse benadering van de persoon in de context van het biorecht niet kan volstaan. In het kantiaanse principe van de mensheid wordt de menselijke waardigheid omschreven als voortkomend uit de zuivere rede, en als onttrokken aan de empirische ervaring.<sup>1756</sup> Hoewel Kant niet ontkent dat het menselijk leven zich eveneens in de biologische werkelijkheid voltrekt, komt volgens hem aan de mens als biologisch wezen geen waardigheid toe. Slechts de mens als een met de morele rede begiftigd wezen, dat zijn eigen wetten kan stellen (auto-nomie), kent in de kantiaanse ethiek een onvervreemd-bare waardigheid. In zijn *Metaphysik der Sitten* beschrijft Kant dit onderscheid in heldere woorden:

“Der Mensch im System der Natur (homo phaenomenon, animal rationale) ist ein Wesen von geringer Bedeutung und hat mit den übrigen Tieren, als Erzeugnissen des Bodens, einen gemeinen Wert (pretium vulgare). Selbst, daß er vor diesen den Verstand voraus hat, und sich selbst Zwecke setzen kann, das gibt ihm doch nur einen äußeren Wert seiner Brauchbarkeit (pretium usus), nämlich eines Menschen vor dem anderen, d.i. ein Preis, als einer Ware, in dem Verkehr mit diesen Tieren als Sachen, wo er doch noch einen niedrigem Wert hat, als das allgemeine Tauschmittel, das Geld, dessen Wert daher ausgezeichnet (pretium eminens) genannt wird. Allein der Mensch als Person betrachtet, d.i. als Subjekt einer moralisch-praktischen Vernunft, ist über allen Preis erhaben; denn als ein solcher (homo noumenon) ist er nicht bloß als Mittel zu anderer ihren, ja selbst seinen eigenen Zwecken, sondern als Zweck an sich selbst zu schätzen, d.i. er besitzt eine Würde (einen absoluten innern Wert), wodurch er allen andern vernünftigen Weltwesen Achtung für ihn

1756 In Kants eigen woorden: “Dit begrip van het menszijn en van in het algemeen elke redelijke natuur als doel op zichzelf (als de bovenste inperkende voorwaarde voor de handelingsvrijheid van ieder mens) wordt niet aan de ervaring ontleend: ten eerste vanwege zijn algemeenheid, omdat het voor alle wezens als zodanig opgaat. Geen enkele ervaring reikt ver genoeg om daarover iets te bepalen. Ten tweede omdat daarin het menszijn wordt voorgesteld niet (subjectief) als doel van de mens, dat wil zeggen: als voorwerp dat men zich vanzelf ten doel stelt, maar als objectief doel dat, welke doelen wij ook mogen hebben, als wet de bovenste inperkende voorwaarde voor alle subjectieve doelen behoort te zijn en dat dus aan de zuivere rede moet ontspringen” (Kant [1785] 1997, p. 87).

abnötigt, sich mit jedem anderen dieser Art messen und auf den Fuß der Gleichheit schätzen kann.”<sup>1757</sup>

In deze rijke passage keert het eerder genoemde onderscheid tussen prijs en waardigheid terug. Belangrijker in deze context is dat Kant een tweedeling aanbrengt in het menselijk bestaan: de mens is zowel *homo phaenomenon* als *homo noumenon*. Als *homo phaenomenon* is de mens deel van de biologische werkelijkheid (“het systeem van de natuur”), een dier onder de dieren. Hij is weliswaar een dier met bijzondere vermogens, met name zijn verstand, maar deze vermogens verhogen slechts zijn nut en daarmee zijn prijs, niet zijn waardigheid. Als *animal rationale* is de mens dus slechts een middel, en geen doel op zichzelf. Zoals dieren volgens Kant als zaak moeten worden opgevat, zo is ook de mens in deze aspecten van zijn bestaan geen persoon, maar een zaak.

Slechts als subject van de morele en praktische rede, ofwel als *homo noumenon*, komt de mens een absolute intrinsieke waarde toe, en kan hij als *persoon* worden beschouwd. Puur vanuit de biologische werkelijkheid bezien heeft het menselijke leven geen bijzondere betekenis, is de mens inwisselbaar en bestaat er geen menselijke waardigheid. De waardigheid kan alleen in de noumenale werkelijkheid bestaan, het rijk der doelen, dat aan de menselijke vrijheid ten grondslag ligt. Op die manier berust het kantiaanse persoonsbegrip op een scherpe tweedeling tussen de fenomenale sfeer van de natuur en de noumenale sfeer van morele vrijheid. Het menselijk bestaan voltrekt zich in beide sferen, maar de menselijke persoonlijkheid en waardigheid zijn uitsluitend met de tweede, morele sfeer verbonden.

Het persoons- en waardigheidsbegrip waarop in het biorecht een beroep wordt gedaan is in tegenstelling tot de kantiaanse visie op de persoon symbolisch met de biologische werkelijkheid verbonden. In een symbolisch-juridische benadering van de persoon worden de biologische kenmerken en grenzen van menselijk bestaan niet weggeredeneerd, maar krijgen zij een plaats toebedeeld in een betekenisvol geheel. Daarin is dan ook precies de waarde van dit mensbeeld binnen het reguleringskader van de medische biotechnologie gelegen. Dit mensbeeld impliceert een zekere *normering van de biologische werkelijkheid*. Met andere woorden, de biologische aspecten worden *symbolisch bemiddeld*, en niet ontkend. Vanuit het perspectief van de menselijke waardigheid wordt de mens als een ondeelbare eenheid van geest en materie, van ratio en lichaam opgevat. Nussbaums aristoteliaanse kritiek op Kants waardigheids- en persoonsbegrip sluit bij deze gedachtegang aan:

1757 I. Kant [1797], *Die Metaphysik der Sitten*, Stuttgart: Reclam 1990, p. 319. Voor een beschouwing over deze passage, en de relevantie ervan voor het recht, zie J. Hruschka, “Kant and human dignity”, in: B. Sharon Byrd en J. Hruschka (red.), *Kant and the law*, Burlington: Ashgate 2006, p. 69-84.

“For Kant, human dignity and our moral capacity, dignity’s source, are radically separate from the natural world. Morality has the task of providing for human needs, but the idea that we are basically split beings, both rational persons and animal dwellers in the world of nature, never ceases to influence Kant’s ideas.

What’s wrong with Kant’s distinction? Quite a lot. First, it ignores the fact that our dignity is that of a certain sort of animal; it is a dignity that could not be possessed by a being who was not mortal and vulnerable, just as the beauty of a cherry tree in bloom could not be possessed by a diamond. Second, the split wrongly denies that animality can itself have dignity; thus it slights aspects of our lives (our bodily desires, our sensory response to beauty) that have worth, and distorts our relation to the other animals. Third, it makes us think of the core of ourselves as self-sufficient, not in need of the gifts of fortune; in so thinking we misrepresent the nature of our own morality and rationality, which are thoroughly material and animal themselves. We learn to ignore the fact that disease, old age, and accident impede the moral and rational functions, just as they impede mobility and dexterity. Fourth, it makes us think of ourselves as not subject to the effects of time. We forget that the usual human life cycle brings with it periods of extreme dependency, in which our functioning is similar to that of the mentally or physically handicapped throughout their lives.”<sup>1758</sup>

Op die manier plaatst Nussbaum de menselijke waardigheid terug in de context van het lichamelijke bestaan. De menselijke waardigheid, zo beargumenteert zij, is de waardigheid van een wezen met een kwetsbaar lichaam, een eindig bestaan en een bepaalde geschiedenis. Men zou in dat verband kunnen stellen dat het wezen van de mens vanuit dit perspectief per definitie belichaamd is. Nussbaum formuleert het in ander werk ook wel als volgt:

“The Kantian split between personhood and animality is deeply problematic. [...] If it makes sense to think of God or angels [...] as having dignity [...], it is emphatically not dignity of that type. To put things more mundanely, if we imagine a being who is purely rational and moral, but without animal neediness and animal capacities (and science fiction provides us with some good examples of such beings), we see, I believe, that the dignity of such a being, whatever it is, is not the same sort of dignity as the dignity of a human being, who is characterized throughout life, as Marx put it, by “rich human need,” prominently including needs for other people.”<sup>1759</sup>

Nussbaums beschrijving van de menselijke waardigheid als de waardigheid van een bepaald dier wordt in het kader van dit onderzoek niet uitgelegd als een

1758 M.C. Nussbaum, “Disabled lives: who cares?”, *New York Review of Books*, 11 januari 2001, zie <[www.nybooks.com/articles/13956](http://www.nybooks.com/articles/13956)>.

1759 Nussbaum 2006, p. 132.

betoog tot de relativering van de grenzen tussen mens en dier.<sup>1760</sup> Van belang is dat zij via haar kritiek op Kant een waardigheidsbegrip bepleit dat de lichamelijke aspecten van het menselijk bestaan omvat. Dat sluit aan bij de interpretatie van de menselijke waardigheid waarop bij de regulering van de medische biotechnologie een beroep wordt gedaan. Deze lezing van menselijke waardigheid postuleert de eenheid van geest en lichaam, en vertrekt vanuit de idee van de mens als een psycho-fysische eenheid.

Hoewel de invloed van Kants gedachtegoed op het heersende waardigheidsbegrip in het biorecht nauwelijks kan worden overschat, schiet zijn persoonsbegrip op dit punt tekort. Een interpretatie van de menselijke waardigheid die ver is verwijderd van het lichamelijke bestaan is slecht in staat als richtlijn te functioneren voor de biomedische ontwikkelingen. Een bepaalde visie op het lichaam en de biologische aspecten van menselijk leven is in het biorecht onontbeerlijk.

De kritiek die in hoofdstuk 6 werd geformuleerd op het gebruik van het artificialistische persoonsbegrip bij de regulering van handelingen met het lichaam en het embryo ligt hier in het verlengde van. Wanneer het technisch-juridisch persoonsbegrip wordt gehanteerd als uitgangspunt van een juridische benadering van het lichamelijke domein, is het resultaat hetzij een radicale objectivering van het lichaam en het embryo, hetzij het verdwijnen van de lichamelijke aspecten van het menselijk bestaan uit het juridisch vizier. De persoon is volgens het technisch-juridische persoonsbegrip een lichaamloze actor in het juridisch verkeer die wordt geacht volledig autonoom te kunnen handelen en in staat is tot vrije wilsvorming. Het lichaam kan op basis van dit persoonsbegrip slechts als object van de persoon gestalte krijgen.

Vanuit de biologisch-juridische benadering is de mens daarentegen een wezen van vlees en bloed dat gedetermineerd is door de wetten van de natuur. Hoewel de lichamelijke dimensie van het leven in deze benadering wordt erkend, dreigt er binnen een dergelijk mensbeeld niets van het autonomie-beginsel over te blijven, zo bleek in hoofdstuk 7. Ook van deze biologische bepaaldheid van de mens dient het recht echter notie te nemen. In de woorden van Nieuwenhuis zijn deze biologische aspecten “een realiteit die het recht niet kan negeren.”<sup>1761</sup>

Het symbolisch-juridisch persoonsbegrip neemt beide dimensies en mensbeelden in zich op, en brengt een symbolisch verband tussen beide aan. Anders gezegd, in het symbolisch-juridische persoonsbegrip komen het biologisch-juri-

1760 Nussbaum zet deze stap daarentegen wel degelijk. Haar betoog in *Frontiers of justice* mondt uit in een pleidooi voor de erkenning van dierenrechten. Een belangrijke stap in haar argumentatie bestaat in een toepassing van haar waardigheidsbegrip op de situatie van dieren. Daarbij geeft zij wel te kennen dat er sprake is van verschillende typen waardigheid naar gelang de diersoort. Met andere woorden, de waardigheid van een mens verschilt van de waardigheid van een “non-human animal” (zie met name Nussbaum 2006, p. 356).

1761 J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 41.

dische mensbeeld en het technisch-juridische persoonsbegrip bijeen. Daarmee is ook de dubbele laag van de symbolisch-juridische kijk op de mens verklaard: de mens van de menselijke waardigheid valt niet volledig samen met zijn empirisch waarneembare verschijning, noch is hij er volledig van losgemaakt. De menselijke waardigheid geeft op die manier uiting aan de dubbele dimensie waarin het menselijk leven zich voltrekt. In de *conditio humana* zit een fundamentele ambivalentie ingebakken. De mens is meer dan enkel zijn lichaam, meer dan enkel zijn geest: hij is een wezen dat door zowel subjectiviteit als objectiviteit is getekend. Iedere poging de mens tot een van beide dimensies te herleiden mondt onvermijdelijk uit in reductionisme.

Op die manier is de mens te beschouwen als een onherleidbare eenheid. Franse auteurs spreken in dat verband van de *irréductibilité* van de mens of, sterker uitgedrukt, “l’irréductible humain.”<sup>1762</sup> Die onherleidbaarheid is een belangrijk aspect van de onaantastbaarheid van de mens, en zijn inherente waardigheid. Op grond van de menselijke waardigheid en de onherleidbaarheid tracht men eenheid te bewaren in de versnippering van het menselijke, *l’éclatement de l’humain*, die plaats vindt als gevolg van de biomedische verdingelijking van de mens. Immers, “de nieuwe biotechnologieën delen het lichaam op, beroven het van zijn organische eenheid en bevorderen een kijk op lichaamsdelen als afzonderlijke onderdelen van een geheel dat niet meer is dan de som daarvan.”<sup>1763</sup> Een van de basisgedachten van de menselijke waardigheid luidt dat de mens niet slechts een assemblage of samenraapsel van lichaamsdelen en lichaamsmateriaal is, maar dat er een eenheid aan ten grondslag ligt, die deze delen overstijgt.

Dat de menselijke waardigheid, een beginsel dat pas sinds de Tweede Wereldoorlog zijn plaats in het positieve recht heeft gekregen, wordt aangewend om deze eenheid tot uitdrukking te brengen, hoeft niet te bevreemden. Juist de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog hebben getoond hoe een bepaalde symbolische visie op de mens, of men het nu de spirituele dimensie van de menselijke persoon wil noemen,<sup>1764</sup> de fundamentele ambivalentie van de mens, zijn waardigheid, *irréductibilité* of zelfs zijn ziel,<sup>1765</sup> in het recht onmisbaar is. Zodra men ernaar streeft het symbolische gehalte van het recht zo ver mogelijk op te heffen, en het recht in dienst te stellen van een zogenaamd neutrale, wetenschappelijke visie op de wereld, komt de totalitaire gekte en onderdrukking in het vizier. Vol-

1762 M. Delmas-Marty, “Certitude et incertitudes du droit”, in: H. Atlan, M. Augé, M. Delmas-Marty, R.-P. Droit en N. Fresco, *Le clonage humain*, Seuil 1999, p. 74.

1763 Dickenson 2005, p. 55.

1764 Volgens Mathieu richt de menselijke waardigheid zich tot “la personne humaine dans sa dimension spirituelle” (B. Mathieu, *Génome humain et droits fondamentaux*, Parijs: Ed. Economica 2000, p. 30). Dat wil volgens hem zeggen dat dit beginsel tot doel heeft “l’être humain dans son essence même” te beschermen.

1765 De Dijn in zijn beschouwing over de betekenis van de menselijke waardigheid (De Dijn 2003, p. 44 e.v.)



gens Arendt dienden de vernietigingskampen niet alleen het doel van uitroeiing en degradatie van mensen, maar ook op een dieper gelegen niveau

“the ghastly experiment of eliminating, under scientifically controlled conditions, spontaneity itself as an expression of human behavior and of transforming human personality into a mere thing, into something that even animals are not.”<sup>1766</sup>

De meerzinnigheid en onbepaalbaarheid van de menselijke natuur staan haaks op het totalitaire, rechtlijnige utiliteitsdenken. De mensenrechten en het bijbehorende mensbeeld zijn te begrijpen als een poging het symbolisch tekort van deze biologistische benadering op te heffen.

Omgekeerd is ook een vergaande subjectivering en vergeestelijking van de mens in strijd met de eenheid van geest en lichaam, en de principiële ambivalentie van het menselijk bestaan. Een goed voorbeeld is de *wrongful life claim*. Wanneer deze claim wordt uitgelegd als een vordering tot vergoeding voor uitsluitend de aangeboren handicaps, gaat het recht dwars tegen de biologische feiten van het geval in. De fictie die ten grondslag ligt aan de redenering van de *Cour de Cassation* en Hartkamp in de *wrongful life* zaken, brengt een splitsing tussen het kind en zijn handicaps te weeg. Het resultaat is een uitermate vergeestelijkt, tegennatuurlijk en gedecorporaliseerd persoonsbegrip, dat het subject *de iure* in staat stelt zich te onttrekken aan zijn biologische constitutie en de wetten van de biologische werkelijkheid. De manier waarop het subject mogelijk wordt gemaakt zich via deze juridische constructie over zijn aangeboren handicaps te beklagen betekent een revolutionaire breuk tussen rechtssubject en lichaam. Deze opsplitsing botst met de eenheid van geest en lichaam die de persoon volgens het recht en dan met name het juridische beginsel van de menselijke waardigheid verondersteld wordt te zijn.

Via de menselijke waardigheid en het bijbehorende symbolisch-juridische persoonsbegrip tracht men het ‘meerdere’ van de mens, zijn onherleidbaarheid en zijn dubbele zijswijze als geestelijk en biologisch wezen, juridisch tot uitdrukking te brengen. De antropologische rijkheid van het mensbeeld dat aan de menselijke waardigheid ten grondslag ligt vat Supiot in een interview met *Esprit* als volgt samen:

“L’être humain est à la fois un être biologique et un être de paroles, il s’inscrit à la fois dans le monde des choses et dans le monde des symboles, et la déshumanisation commence dès que l’on nie l’une ou l’autre de ces deux dimensions, soit pour

---

1766 H. Arendt [1951], *The origins of totalitarianism*, San Diego/New York/Londen: Harvest/Harcourt 1973, p. 438.

le traiter comme un animal, soit pour le traiter comme un pur esprit, affranchi de toutes limites hors celles qu'il se donne à lui-même."<sup>1767</sup>

Vanuit dat perspectief gezien, moet het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid beschermen tegen de ontkenning van de fundamentele ambivalentie van het menselijk bestaan. Dat wil zeggen, een ontkenning van de gedachte dat de mens zowel een lichamelijk als een cultureel-symbolisch wezen is, zowel lid van de menselijke soort als een unieke persoon, en zowel vrij en autonoom als gedetermineerd en afhankelijk.

Anders gezegd, in het begrip van de menselijke persoon komt tot uiting dat de mens niet alleen een lichaam *is*, zoals binnen een biologische benadering van de mens wordt benadrukt, maar daarnaast ook een lichaam *heeft*. De mens is een wezen van vlees en bloed, maar ook van woorden en verhalen. Hij leeft niet alleen een leven in biologische zin naar de wetmatigheden van de natuur (*zoë*), maar is genoodzaakt een leven te *leiden*, waarin hij zijn positie moet bepalen en keuzes moet maken (*bios*). Dit dubbele grondgegeven van het menselijk bestaan, en de symbolische dimensie ervan, is in de filosofische antropologie op verschillende manieren verwoord, zoals bijvoorbeeld door Plessner, Cassirer en Lacan.

### 8.5.2 Filosofisch-antropologische benaderingen van de menselijke persoon

In *Die Stufen des Organischen und der Mensch* (1928) voert Helmuth Plessner de dubbele verhouding van de mens tot zijn lichaam terug op de zogenaamde *excentrische positie* die de mens, in tegenstelling tot andere organismen, in de wereld inneemt. In dat geheel is de mens het enige wezen dat niet alleen ruimtelijk is gepositioneerd, maar ook een positie naar zichzelf toe moet innemen. De positionaliteit van de mens verschilt wezenlijk van bijvoorbeeld de dierlijke positionaliteit, doordat zij gekenmerkt wordt door een *zelfverhouding*. In tegenstelling tot andere organismen is de mens zich bewust van zichzelf. Hij neemt niet alleen een positie in ten opzichte van hem omringende objecten, maar ook ten opzichte van zichzelf. Hij leeft niet gewoonweg, maar is gedwongen een leven te *leiden*.<sup>1768</sup> Zijn positionaliteit kenmerkt zich daarom door een tweeslachtige verhouding: als mens verhoudt hij zich vanuit zijn centrum naar de wereld om hem heen, maar ook verhoudt hij zich tot dat centrum zelf. "Er lebt und erlebt nicht nur, sondern er erlebt sein Erleben."<sup>1769</sup> In plessneriaanse termen, daar waar het dier *centrisch* is geplaatst, kent de mens een excentrische positionaliteit.

Die tweeslachtigheid van het menselijk bestaan blijkt vooral uit het feit dat het lichaam de mens op verschillende wijzen is gegeven: de mens is en heeft

1767 A. Supiot, "La fonction anthropologique du droit", *Esprit* januari 2001, p. 173.

1768 H. Plessner [1928], *Die Stufen des Organischen und der Mensch: Einleitung in die philosophische Anthropologie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1981, p. 391.

1769 Plessner [1928] 1981, p. 292.

zijn lichaam. Enerzijds wordt mijn bestaan geconstitueerd door mijn lichamelijk in-de-wereld-zijn; het is vanuit en via mijn lichaam dat de wereld tot mij komt, en los van mijn lichamelijkheid kan ik haar niet denken. Het lichaam in deze zin noemt Plessner *Leib*. Anderzijds beschik ik over mijn lichaam, kan ik het sturen, en als een ding of instrument inzetten in de interactie met mijn omgeving. Met de term *Körper* of *Körperding* refereert Plessner aan deze fysieke dimensie. Wanneer ik met mijn ene hand mijn andere hand vastgrijp, zijn beide aspecten van mijn lichamelijkheid in deze ene beweging gevangen.

Dieren leven eveneens tussen het hebben en zijn van hun lichaam in. Ook een dier kan immers zijn lichaam inzetten voor een bepaald doel, zoals wanneer een roofdier zijn prooi bespringt. Het verschil met de mens is echter dat de omschakeling tussen de twee aspecten van de lichamelijke existentie, namelijk van een *lichaam zijn* naar een *lichaam hebben*, voor het dier niet bewust plaats vindt. Er gaat geen keuzemoment aan vooraf. De relatie tussen beide aspecten vormt voor hem 'geen probleem'.<sup>1770</sup>

De mens is zich daarentegen bewust van zijn lichaam als voorwerp en als toestand. Tussen beide aspecten bestaat een wankelende relatie die nooit een rustpunt bereikt. De mens is wat dat betreft gevangen in een eeuwige dynamiek. Hij is een thuisloos en gebroken wezen, "seine Existenz ist wahrhaft auf nichts gestellt".<sup>1771</sup> Beter dan te stellen dat de mens een lichaam is en een lichaam heeft, kunnen we daarom zeggen: noch is de mens louter lichaam, noch heeft hij louter een lichaam.<sup>1772</sup> Gedreven door zijn innerlijke breuk, de "Kluft" die het dier niet kent, probeert de mens een evenwicht met zijn buitenwereld en zichzelf te bemiddelen. Die bemiddeling is met name *symbolisch* van aard. Het is in deze overbrugging van de beide dimensies van zijn fysiek bestaan dat de mens een *persoon* is volgens Plessner. De excentrische positie resulteert aldus een drievoudige positionaliteit: de persoon is lichaam, in zijn lichaam, en buiten zijn lichaam (*Aussenwelt*, *Innenwelt* en *Mitwelt*). De derde positie vormt het gezichtspunt vanuit waar de mens zich bewust is van de twee eerste posities.<sup>1773</sup>

De wijze waarop de mens de innerlijke breuk naar zichzelf en naar de tastbare werkelijkheid tracht te overbruggen, zet Plessner uiteen aan de hand van drie antropologische grondwetten. Met name de eerste grondwet is veelzeggend in het licht van antropotechnieken als kunstmatige intelligentie en medische biotechnologie.<sup>1774</sup> Deze grondwet luidt dat de mens *van nature een kunstmatig wezen* is. Aangezien de mens niet met zichzelf samenvalt, moet hij zichzelf tot op zekere

1770 H. Plessner [1941], *Lachen en wenen. Een onderzoek naar de grenzen van het menselijk gedrag*, Utrecht/Antwerpen: Het Spectrum 1965, p. 43.

1771 Plessner [1928] 1981, p. 293.

1772 Plessner [1941] 1965, p. 42.

1773 Plessner [1928] 1981, p. 293.

1774 Zie voor een nadere beschouwing over Plessner en het posthumanisme: M. Coolen, "Becoming a cyborg as one of the ends of disembodied man", in: R.F. Chadwick, L. Introna en A. Marturano (ed.), *IT and the Body*, 2001, p. 49-59; M. Coolen, "Transhumane antropologie", *Filosofie en Praktijk* 24 (2003), p. 52-56; en De Mul 2002, p. 223-236.

hoogte ‘maken’ (“als exzentrisch organisiertes Wesen muss er sich zu dem, was er *schon ist, erst machen*”<sup>1775</sup>). Daarnaast behoort het tot onze conditie om artefacten te creëren, om daarmee onze innerlijke breuk te compenseren, en ons verlangen naar een volledige zijnswijze te stillen: “Nur weil der Mensch von Natur halb ist und (was damit wesensverknüpft ist) über sich steht, bildet Künstlichkeit das Mittel, mit sich und der Welt ins Gleichgewicht zu kommen.”<sup>1776</sup>

Daarmee kan het menselijk bestaan worden getypeerd als een *bemiddeld onmiddellijke positie*, Plessners tweede grondwet. De mens is onmiddellijk op zijn leefomgeving betrokken via zijn zintuigen, maar is zich tegelijkertijd van die zintuiglijke beleving bewust en kan haar een plaats in een groter geheel geven. De relatie tot zichzelf en de buitenwereld is wat dat betreft geen gegeven, maar moet worden bemiddeld. Die bemiddeling geschiedt aan de hand symbolische vormen als taal, wetenschap, cultuur en techniek.

Om die reden is de mens niet alleen aan het hier en nu gebonden, maar kan haar ook overstijgen. Aangezien de mens geen eenheid in zijn lichamelijke existentie is gegeven, dient hij zelf zijn verhouding tot de wereld bepalen en te realiseren. Deze zelfrealisering kent geen einde. Plessner drukt dat uit met zijn derde grondwet, de grondwet van de *utopische standplaats* van de mens.

Het resultaat van Plessners antropologie is een anti-essentialistische benadering van het menselijk bestaan:

“Wat steeds tot de menselijke natuur gerekend wil worden, bevindt zich niet achter de rug van de menselijke vrijheid, maar binnen het bereik daarvan, en dit bereik moet elk individu steeds weer op nieuw veroveren, indien hij een mens wil zijn.”<sup>1777</sup>

Door zijn meervoudige positionaliteit is de mens een ongrijpbaar wezen wiens essentie, paradoxaal geformuleerd, in zijn onbepaالbaarheid is gelegen. Anders gezegd, volgens Plessner is de menselijke natuur dynamisch van aard: “Niet alleen de mensen veranderen, ook het menselijke verandert in de wisseling der tijden”,<sup>1778</sup> zo stelt hij in het voorwoord van een ander werk, *Lachen en wenen*. In 8.6 zal ik aan de hand van Glastra van Loons rechtsfilosofie op de mogelijke implicaties van Plessners visie op de mens voor het recht ingaan.

Die dubbele verhouding van de mens tot zijn lichaam en tot zichzelf is een weerspiegeling van de dubbele werkelijkheid waarin het menselijk bestaan zich voltrekt: de fysieke werkelijkheid die wordt gemarkeerd door de biologische grenzen van geboorte en dood; en het *symbolisch universum*, in de woorden van Ernst Cassirer, waarin betekenis aan deze biologische aspecten en grenzen van het

1775 Plessner [1928] 1981, p. 383.

1776 Plessner [1928] 1981, p. 396.

1777 Plessner, [1941] 1965, p. 13.

1778 Plessner, [1941] 1965, p. 13.

menselijk bestaan wordt gegeven. In zijn *Essay on Man* omschrijft Cassirer dit symbolische universum als volgt:

“No longer in a merely physical universe, man lives in a symbolic universe. Language, myth, art, and religion are parts of this universe. They are the various threads which weave the symbolic net, the tangled web of human experience. All human progress in thought and experience refines upon and strengthens this net. No longer can man confront reality immediately; he cannot see it, as it were, face to face. Physical reality seems to recede in proportion as man’s symbolic activity advances. Instead of dealing with the things themselves man is in a sense constantly conversing with himself. He has so enveloped himself in linguistic forms, in artistic images, in mythical symbols or religious rites that he cannot see or know anything except by the interposition of this artificial medium.”<sup>1779</sup>

Volgens Cassirers beroemde uitdrukking is de mens een *animal symbolicum*,<sup>1780</sup> een dier dat “cannot live his life without expressing his life”.<sup>1781</sup> Het zintuiglijke bestaan wordt door de mens geordend en getransformeerd tot letterlijk een betekenisvol bestaan. Volgens Cassirer kan de menselijke natuur daarom noch op grond van empirische kenmerken, noch op grond van metafysische kenmerken worden vastgelegd. Het is in “het werk” dat de mens verricht, dat wil zeggen zijn symbolische handelingen, dat het wezen van de mens tot uiting komt. In Cassirers eigen woorden:

“We cannot define man by any inherent principle which constitutes his metaphysical essence – nor can we define him by any inborn faculty or instinct that maybe ascertained by empirical observation. Man’s outstanding characteristic, his distinguishing mark, is not his metaphysical or physical nature – but his work. It is this work, it is the system of human activities, which defines and determines the circle of ‘humanity’.”<sup>1782</sup>

Een echo van dit mensbeeld is te horen in Arendts filosofische hoofdwerk *The Human Condition*. Een leven kan slechts menselijk zijn, zo betoogt Arendt daar, wanneer men deel uitmaakt van een gemeenschappelijke wereld die het spreken en handelen mogelijk maakt. Via woorden en handelingen kan men een identiteit ontwikkelen, en aan de ander als unieke persoon verschijnen. Aangezien de essentie van de mens op die manier is verweven met zijn handelen en spreken met anderen, is de menselijke natuur onbepaalbaar, iets wat het zuiver biologische overstijgt, maar ook niet in een statische metafysica te vatten is. Arendt

---

1779 E. Cassirer, *An essay on man. An introduction to a philosophy of culture*, New Haven/Londen: Yale University Press 1972, p. 25.

1780 Cassirer [1944] 1972, p. 26.

1781 Cassirer [1944] 1972, p. 224.

1782 Cassirer [1944] 1972, p. 68.

spreekt daarom, gelijk Cassirer en Plessner, van “the impossibility [...] to solidify in words the living essence of the person as it shows itself in the flux of action and speech”.<sup>1783</sup> Met andere woorden, de leefwereld van het animal symbolicum is een universum waarin taal, kunst, wetenschap, religie etc.<sup>1784</sup> “het weefsel van de menselijke ervaring” vormen.

In navolging van Jacques Lacan kunnen we dit universum een *symbolische orde* noemen. Zoals Boltanski spreekt van een tweevoudige geboorte van het kind, *par la chair* en *par la parole*,<sup>1785</sup> zo kunnen we meer algemeen van een tweevoudige geboorte van het animal symbolicum spreken.<sup>1786</sup> Naast zijn fysieke geboorte in de zintuiglijke wereld, *la vie des sens*, wordt de mens geboren in en uit de wereld van het symbolische, van de taal, ofwel *la vie du sens*.<sup>1787</sup> We kunnen deze tweede geboorte als de symbolische genese van het subject zien. Beter gezegd, het kind wordt tijdens deze geboorte niet alleen fysiek uit zijn moeder, maar ook via de taal in de symbolische orde geboren. Om te begrijpen wat daarmee wordt bedoeld, wordt kort ingegaan op de structuralistische subjecttheorie van psychoanalyticus Lacan.

Lacans begrip van de symbolische orde kan worden opgevat als het bestaande netwerk van betekenissen dat aan het individu voorafgaat, het individu er een plaats in geeft, en als subject constitueert. In de woorden van Pessers: “Het ontstaan van een symbolische orde markeert de overgang van natuur naar cultuur. De mensen, hun omgeving en relaties zijn niet meer betekenisloos, maar vinden een symbolische duiding.”<sup>1788</sup> Via dat netwerk wordt het leven gestructureerd, en krijgt het een betekenis. Een ieder van ons wordt getekend door een aantal biologische grenzen: de geboorte, het sekse-verschil, de bloedverwantschap en de dood. Op zichzelf bezien zijn deze grenzen niet meer dan biologische feiten zonder ethische, culturele of sociale implicaties. Via symbolische bemiddeling worden zij echter tot een essentieel deel van onze identiteit, en vormen zij de contouren

1783 Arendt [1958] 1998, p. 181.

1784 “In language, in religion, in art, in science, man can do no more than to build up his own universe – a symbolic universe that enables him to understand and interpret, to articulate and organize, to synthesize and universalize his human experience” (Cassirer [1944] 1972, p. 221). Ook wetenschap maakt dus deel uit van de symbolische vormen, in tegenstelling tot het beeld dat bestaat van wetenschap als rechtstreeks betrokken op de pure feiten. Zo schrijft Cassirer: “For what is the meaning of a “scientific fact”? Obviously no such fact is given in any haphazard observation or in a mere accumulation of sense data. The facts of science always imply a theoretical, which means a symbolic, element. Many, if not most, of those scientific facts which have changed the whole course of the history of science have been hypothetical facts before they became observable facts” (Cassirer [1944] 1972, p. 59).

1785 Zie 4.2.3.

1786 Volgens Lacans uitleg van Freud: “ [...] en effet ce à quoi la découverte de Freud nous ramène, c’est l’énormité de cet ordre où nous sommes entrés, à quoi nous sommes, si l’on peut dire, nés une seconde fois [...] (Aangehaald door Mooij, zie A. Mooij, *Taal en verlangen. Lacans theorie van de psychoanalyse*, Meppel: Boom 2001, p. 107).

1787 Supiot 2005, p. 221.

1788 Pessers 1999, p. 13.

van ons levensverhaal. Door tussenkomst van de symbolische orde worden deze biologische grenzen talig gemaakt, in onze biografie ingeschreven, en ook in de levensverhalen van anderen. Op die manier overstijgt de symbolische orde het leven van het individu, en bedt het in een bestaand netwerk van betekenissen en symbolen in. Pas na invoeging in de symbolische, talige orde kan het individu persoon worden. Zoals Mooij het in zijn klassieke werk over Lacan uitdrukt:

“Een individu is in deze visie slechts een subjeet of menselijke persoon, als het zich onderwerpt aan dit spel van de taal, en het houdt op een menselijke persoon te zijn, als het zich niet meer aan de regels houdt. Een menselijke persoon bestaat niet vooraf, maar ontstaat door zijn binnentreden in het ‘jeu du signifiant’, het spel van de taal, het taalspel.”<sup>1789</sup>

Door toe te treden tot een reeds bestaande wereld, ingevoegd te worden in een genealogisch verband, een naam te krijgen, een rol, een sekse, en vooral ook ingewijd te worden in de taal, wordt het kind als subjeet geconstitueerd. Deze toetreding stelt het subjeet in staat zich als persoon tot de ander te verhouden, door het gemeenschappelijke ‘referentie-kader’ dat in de symbolische orde besloten ligt. Met andere woorden, “het subjeet is pas tot wederkerigheid in staat na bemiddeling door een derde term”, zoals Pessers dat formuleert.<sup>1790</sup> Die derde term is de symbolische orde, maar wordt door Lacan ook wel de Wet genoemd.

De symbolische geboorte van het kind vindt overigens niet na zijn fysieke geboorte plaats, maar gedeeltelijk reeds daarvoor, door bijvoorbeeld de naam die hij zal krijgen. Meer algemeen vindt de *engendrement par la parole* voor een deel reeds voor de geboorte plaats, zoals in hoofdstuk 4 naar voren kwam (denk aan de keuze om al dan niet te aborteren, het verschil tussen embryo’s die deel uitmaken van een *projet parental* en de rest-embryo’s, etc.). Lacan formuleert het dan ook als volgt: “L’homme est, dès avant sa naissance et au-delà de sa mort, pris dans la chaîne symbolique, laquelle a fondé le lignage avant que s’y brode l’histoire.”<sup>1791</sup>

Het zoë, ofwel het leven in biologische zin, wordt al voor de geboorte en zelfs tot na de dood via de symbolische orde bemiddeld, en krijgt een cultureel en ethisch bepaalde waarde en betekenis. De biologische verwekker is niet langer slechts een genitor maar ook een parens, in de woorden van Pessers;<sup>1792</sup> de dode is in de waarneembare wereld gestorven, maar leeft in het symbolisch universum voort, zodat zijn lichaam ook na zijn dood een sacrale betekenis heeft; het pasgeboren kind krijgt een naam en wordt ingevoegd in de familie-lijn; het seksverskil wordt ook een cultureel bepaald verschil, met een specifieke rolverdeling en voorschriften. Etcetera.

<sup>1789</sup> Mooij 2001, p. 146-147.

<sup>1790</sup> Pessers 1999, p. 16.

<sup>1791</sup> Aangehaald door Mooij (zie Mooij 2001, p. 162).

<sup>1792</sup> Pessers 1999, p. 13.

Niet alleen wordt een ieder in de symbolische orde geboren, de mens verhoudt zich noodgedwongen de rest van zijn leven behalve fysiek ook symbolisch tot de werkelijkheid. In tegenstelling tot het dier kan de mens alleen door symbolische interventie bestaan. In de woorden van Lacan: “[...] l’ordre symbolique doit être conçu comme quelque chose de superposé, et sans quoi il n’y aurait pas de vie animale pour ce sujet bicornu qu’est l’homme.”<sup>1793</sup>

Deze woorden doen denken aan Plessners tweede antropologische grondwet, waarin werd gesteld dat de mens slechts via bemiddeling onmiddellijk aan het leven deel kan hebben.<sup>1794</sup> De mens kan, gezien zijn excentrische positie, zijn leven niet leven zonder zich er symbolisch toe te verhouden. Wat dat betreft is hij een half wezen. Hij is bovendien een hulpeloos wezen, gezien het feit dat hij niet geheel zelfstandig kan voorzien in deze symbolische zelf-verhouding. De mens is niet in staat zijn leven vanuit zichzelf een betekenis te geven,<sup>1795</sup> zoals het evenmin mogelijk is er een privé-taal op na te houden. Voor structuur is het animal symbolicum afhankelijk van een hem overstijgend systeem, een transindividueel geheel, ofwel de symbolische orde. In de woorden van Moyaert:

“De natuurlijke kringloop moet als het ware worden vervolledigd of voltooid door een symbolische kringloop. Bij de mens kan het natuurlijk proces van leven en dood zich alleen voortzetten en herhalen zolang het symbolisch systeem blijft draaien. Wanneer de symbolische orde uiteenvalt, kan de mens alleen nog maar moeizaam participeren aan de cyclus van leven en dood.”<sup>1796</sup>

Aangezien de bemiddeling van de biologische aspecten van het menselijk bestaan voor een belangrijk deel geschiedt via bestaande symbolische categorieën, wordt het individu op die manier ook in de cultuur ingevoegd, en wordt hem een plaats gegeven in de symbolische orde. Bovendien wordt het subject via dit symbolische netwerk met een bestaande gemeenschap verbonden, en wordt zijn bestaan daarmee een heteronome, boven-individuele dimensie gegeven. De gedeelde symbolische orde “opent een ruimte voor herkenning, erkenning en wederkerige betrekkingen”, zoals Pessers stelt.<sup>1797</sup>

1793 Aangehaald door Moyaert, zie Moyaert 1994, p. 30, sub noot 1.

1794 Ook De Mul constateert op dit punt een overeenkomst tussen Lacans gedecentreerde subject en Plessners excentrische positionaliteit (zie De Mul 2002, p. 226, sub noot 3).

1795 In de woorden van Moyaert: “in tegenstelling tot diegenen die uitgaan van een spontane organisatie van de menselijke emoties en gedragingen, beklemt Lacaan, net als Freud, de wanordelijkheid en hulpeloosheid van de menselijke natuur, die niet in staat is zich vanuit zichzelf te structureren” (Moyaert 1994, p. 31).

1796 Moyaert 1994, p. 29.

1797 Pessers 1999, p. 13.



### 8.5.3 De ambivalentie van het symbolisch-juridische persoonsbegrip

De ambivalentie van de menselijke natuur en de symbolische dimensie van het menselijk bestaan zoals die door Lacan, Plessner en Cassirer zijn beschreven, zien we terug in het subject van de mensenrechten, de menselijke persoon. In zijn fascinerende boek *Homo juridicus* geeft Supiot een nadere uitwerking van de antropologische montage die de menselijke persoon is. In deze beschrijving komt de ambivalentie van de menselijke natuur op drie niveaus naar voren, die Supiot “les trois attributs de l’humanité” noemt. De huidige, westerse juridisch-antropologische montage van de mens is volgens Supiot driedelig: de menselijke persoon is *individu*, *subject* en *persoon*. Dat zet hij als volgt uiteen:

“Individu, chaque homme est unique, mais aussi semblable à tous les autres; sujet, il est souverain, mais aussi assujéti à la Loi commune; personne, il est esprit, mais aussi matière. Ce montage anthropologique a survécu à la sécularisation des institutions occidentales, et ces trois attributs de l’humanité se retrouvent, dans leur ambivalence, chez l’Homme des déclarations des droits. La référence à Dieu a disparu du Droit des personnes, sans que disparaisse la nécessité logique de référer tout être humain à une Instance garante de son identité et qui symbolise l’interdit de le traiter comme une chose.”<sup>1798</sup>

Als individu is de mens uniek én identiek aan anderen; als subject is hij, mede gegeven de dubbelzinnige ethymologie van het begrip subject,<sup>1799</sup> zowel soeverein als onderdaan (subiectus); en als persoon, tot slot, is hij zowel geest als lichaam. Die drie niveaus zien we in de filosofie van de mensenrechten terug. De mens van de mensenrechten heeft individuele rechten en vrijheden, maar heeft die slechts op grond van zijn overeenkomsten met andere mensen. Als subject van de mensenrechten is hij vrij en onafhankelijk, maar slechts binnen de grenzen van de rechtsgemeenschap waaraan hij zijn juridische status en burgerlijke staat dankt. Tot slot is hij niet uitsluitend lichaam of geest, maar postuleert de menselijke waardigheid de eenheid van beide. Op grond van deze eenheid van geest en lichaam wordt hij beschermd tegen slavernij, foltering en inbreuken op zijn lichamelijke integriteit.

Hannah Arendts begrip van de publieke ruimte kan bijdragen aan een nadere analyse van deze ambivalentie van het symbolisch-juridische persoonsbegrip. Bovendien zal in het vervolg van de tekst de antropologische functie van het recht in verband worden gebracht met Arendts visie op de publieke sfeer. In Arendts denken werkt de ambivalentie van het menselijk bestaan op meerdere niveaus

<sup>1798</sup> Supiot 2005, p. 48.

<sup>1799</sup> Zoals Foucault op meerdere plaatsen in zijn werk benadrukt (zie bijv. M. Foucault [1976], *De wil tot weten. Geschiedenis van de seksualiteit* 1, Nijmegen: SUN 1985, p. 62).

door. Om preciezer te zijn, volgens haar is er sprake van drie fundamentele activiteiten die de *human condition* kenmerken: *labour*, *work* en *action* (arbeid, werk en handelen). Die activiteiten zijn fundamenteel, “because each corresponds to one of the basic conditions under which life on earth has been given to man”.<sup>1800</sup>

*Arbeid* vindt plaats in de context van het biologische bestaan. Het bestaat uit de activiteiten die noodzakelijk zijn voor het biologisch voortbestaan van de mens, zoals de productie van consumptiegoederen. In deze context ligt de nadruk op de dierlijke en lichamelijke aspecten van het menselijk bestaan. Arendt beschrijft de mens in deze situatie daarom als een *animal laborans*. *Werk* betreft de creatie van artefacten, waarmee de mens de vluchtigheid van het biologisch bestaan overstijgt. Als *homo faber* bewerkt de mens de natuur, en onttrekt zich daarmee aan de biologische cyclus van ontstaan en vergaan door duurzame objecten tot stand te brengen. *Handelen*, tot slot, betreft de interactie tussen mensen in de publieke sfeer. Het grondgegeven van handelen is de menselijke pluraliteit: “Plurality is the condition of human action because we are all the same, that is human, in such a way that nobody is ever the same as everyone else who ever lived, lives, or will live.”<sup>1801</sup> Slechts door te handelen en te spreken met anderen kan de mens persoon worden, en zich onderscheiden als individu. Arendt stelt dan ook dat een leven zonder handelen en spreken “is literally dead to the world; it has ceased to be human life because it is no longer lived among men”.<sup>1802</sup>

De publieke ruimte waarin het handelen plaatsvindt noemt Arendt *the common world*: een humaniserende en gedeelde wereld, een gemeenschappelijk, menselijk construct dat “relates and separates men at the same time”.<sup>1803</sup> De verhalen<sup>1804</sup> die door te handelen en te spreken worden gecreëerd, overstijgen het individu, en maken een zinvol, menselijk bestaan mogelijk. De *common world* beschrijft Arendt daarom als een transcendente, maar ook menselijke constructie:

“If the world is to contain a public space, it cannot be erected for one generation and planned for the living only; it must transcend the life-span of mortal men. Without this transcendence into a potential earthly immortality, no politics, strictly speaking, no common world and no public realm, is possible. For unlike the common good as Christianity understood it – the salvation of one’s soul as a concern common to all – the common world is what we enter when we are born and what we leave behind when we die. It transcends our life-span into past and future alike; it was there before we came and will outlast our brief sojourn in it. It is what we have in common not only with those who live with us, but also with those who were here before and with those who will come after us. But such a common world can survive the coming and going of the generations only to the extent that it appears in public.

1800 Arendt [1958] 1998, p. 7.

1801 Arendt [1958] 1998, p. 8.

1802 Arendt [1958] 1998, p. 176.

1803 Arendt [1958] 1998, p. 52.

1804 In Arendts woorden: “meaningful stories” (Arendt [1958] 1998, p. 236).

It is the publicity of the public realm which can absorb and make shine through the centuries whatever men may want to save from the natural ruin of time.”<sup>1805</sup>

Met andere woorden, met de term *common world* lijkt Arendt een gedeeld symbolisch kader aan te duiden dat het louter biologische, tijdelijke of individuele overstijgt. Net zoals bijvoorbeeld Supiot, Legendre en Boltanski, beschrijft Arendt de persoon-wording van de mens in deze sfeer als een tweede geboorte, waarbij de biologische aspecten van het leven in een ieders levensverhaal worden ingeschreven: “With word and deed we insert ourselves into the human world, and this insertion is like a second birth, in which we confirm and take upon ourselves the naked fact of our original physical appearance.” Het biologische leven kan pas na symbolische bemiddeling via een gedeelde menselijke wereld betekenis krijgen.<sup>1806</sup> Op soortgelijke wijze verbindt Pessers in haar oratie de menselijke waardigheid met de dubbele verankering van de mens in de intieme, biologische sfeer van de *oikos* en in de publieke, juridische sfeer van de *polis* waarin de mens dat biologische bestaan kan overstijgen:

“De waardigheid van de mens is [...] de waardigheid van een homo duplex: de mens ontleent zijn identiteit en zijn zelfrespect niet alleen aan de persoonlijk levenssfeer van intimiteit en onmiddellijke behoeftebevrediging, maar ook aan de mate waarin hij zich kan losmaken van zijn directe omgeving en binnen een publieke gemeenschap een identiteit als burger verkrijgt, wordt uitgerust met rechten en plichten, en deelgenoot wordt van een wereld die ouder is dan hijzelf.”<sup>1807</sup>

1805 Arendt [1958] 1998, p. 55.

1806 Arendt [1958] 1998, p. 176. Een bekend punt van kritiek op Arendts gedachtegoed is dat Arendt de biologische sfeer van de mens als animal laborans ondergeschikt zou maken aan de publieke sfeer van de polis. Meer algemeen zou haar gedachtegoed berusten op een sterke devaluatie van het lichamelijke domein (zie met name L. Zerilli, “The Arendtian body”, in: B. Honig (red.), *Feminist interpretations of Hannah Arendt*, University Park, PA: Pennsylvania State University Press 1995). Met name in *The human condition* schrijft Arendt inderdaad dat het lichaam tot de dierlijke aspecten van het menselijk bestaan behoort. Volgens haar is een leven dat uitsluitend binnen deze privé-sfeer geleefd wordt uiteindelijk geen menselijk leven te noemen. Daaruit leiden sommige critici echter af dat in Arendts begrip van een menselijk en waardig leven geen plaats voor het lichaam zou zijn weggelegd. Mijns inziens berust deze kritiek op een simplistische weergave van Arendts gedachten. Uit Arendts driedeling van de menselijke conditie kan geen cartesisme ten aanzien van het lichaam worden afgeleid. Zoals met name uit bovenstaand citaat blijkt, biedt de publieke sfeer volgens Arendts redenering de mogelijkheid een duiding en betekenis aan de biologische aspecten van het menselijk bestaan te geven. Het biologische is niet afwezig, maar wordt deel gemaakt van de *meaningful stories* die in de publieke sfeer werkzaam zijn. Deze interpretatie van Arendts kijk op het lichaam heeft bovendien als voordeel dat zij beter aansluit bij de fenomenologische traditie, waarin Arendt zich naar eigen zeggen thuis voelde. Voor een nadere uiteenzetting van deze lezing van Arendt, zie M. Betz Hull, *The hidden philosophy of Hannah Arendt*, Londen/New York: Routledge 2002, p. 158 e.v.

1807 Pessers 2003a, p. 43-44.

Het fundamentele goed waarvan het slachtoffer van ontrecting wordt beroofd is volgens Arendt dan ook niet alleen de toegang tot het openbare leven, maar, belangrijker dan dat, de toegang tot een context die het menselijk bestaan betekenis geeft, en die het bestaan überhaupt tot een menselijk bestaan maakt:

“The great danger arising from the existence of people forced to live outside the common world is that they are thrown back, in the midst of civilization, on their natural givenness, on their mere differentiation. They lack that tremendous equalizing of differences which comes from being citizens of some commonwealth and yet, since they are no longer allowed to partake in the human artifice, they begin to belong to the human race in much the same way as animals belong to a specific human species. The paradox involved in the loss of human rights is that such loss coincides with the instant when a person becomes a human being in general – without a profession, without a citizenship, without an opinion, without a deed by which to identify and specify himself – and different in general, representing nothing but his own absolutely unique individuality which, deprived of expression within and action upon a common world, loses all significance.”<sup>1808</sup>

Vooraf een klassiek natuurrechtelijke kijk op de mensenrechten, op grond waarvan een menselijke waardigheid voor een ieder een natuurlijk en aangeboren *gegeven* vormt, staat in de weg aan een werkelijk begrip van de praktijk van ontrecting. Pas via de toegang tot instituties als taal, politiek en het recht kan de mens persoon worden, met de waardigheid en het vermogen tot het verrichten van betekenisvolle handelingen die het persoon-zijn kenmerken. De mens is niet van nature vrij en gelijk, zoals het natuurrechtelijk gedachtegoed vooronderstelt, maar wordt dat alleen door te handelen en spreken in de publieke ruimte en plaats te krijgen in een institutionele en gedeelde structuur. Slechts dan kan de menselijke waardigheid gestalte krijgen: “Respect for human dignity implies the recognition of my fellow-men or our fellow-nations as subjects, as builders of worlds or cobuilders of a common world.”<sup>1809</sup> Met andere woorden, in het beginsel van menselijke waardigheid komt de erkenning van een ieder als deelnemer en co-auteur van een gemeenschappelijke wereld tot uitdrukking, een wereld waarin men als menselijke persoon kan verschijnen en zijn identiteit kan ontwikkelen.

In haar laudatio voor mentor Karl Jaspers, verschenen in *Men in dark times*, wijdt Arendt nog wel de meest indringende beschouwingen aan de menselijke persoon. Zij illustreert daar het publieke karakter van een ieders persoon-zijn aan de hand van de intrigerende metafoor van een *daimon* die men altijd bij zich draagt, maar die slechts zichtbaar is voor anderen:

---

<sup>1808</sup> Arendt [1951] 1973, p. 302.

<sup>1809</sup> Arendt [1951] 1973, p. 458.

“Personality [...] is very hard to grasp and perhaps most closely resembles the Greek *daimon*, the guardian spirit which accompanies everyman throughout his life, but is always only looking over his shoulder with the result that it is more easily recognized by everyone a man meets than by himself. This *daimon* – which has nothing demonic about it – this personal element in man, can only appear where a public space exists; that is the deeper significance of the public realm, which extends far beyond what we ordinarily mean by political life. To the extent that this public space is also a spiritual realm, there is manifest in it what the Romans called *humanitas*. By that they meant something that was the very height of humanness because it is valid without being objective.”<sup>1810</sup>

De waardigheid, vrijheid en gelijkheid die de mens kenmerken zijn volgens Arendt dus geen natuurlijke gegevenheden, maar het kunstmatige resultaat van collectieve organisatie en inspanning.<sup>1811</sup> Het zijn maatschappelijke constructen die slechts binnen een institutioneel kader tot stand kunnen komen en functioneren. Arendt stelt daarom dat “it is precisely the human person in all his subjectivity who needs to appear in public in order to achieve full reality.”<sup>1812</sup> Ofwel, de persoon kan alleen in de publieke sfeer en in contact met anderen floreren en tot ontwikkeling komen. Edelman beschrijft deze institutionele dimensie van het menselijke<sup>1813</sup> als volgt: “La liberté de la personne, pour être pleine et entière, doit être *instituée*.”<sup>1814</sup> Mensen kunnen pas vrij en gelijk worden via een plaats in deze symbolische, institutionele structuur.<sup>1815</sup> Kortom, “*personality is anything but a private affair*”.<sup>1816</sup> Om die reden is de *juridische* persoonlijkheid, als publieke institutie, ook van belang voor de *algehele* persoonwording van het individu. De kern van de humaniserende taak van het recht is precies in deze bijdrage van het recht aan de constitutie van een ieders persoonlijkheid gelegen.

1810 H. Arendt, *Men in dark times*, San Diego/New York/Londen: Harvest/Harcourt 1968, p. 73. Zie ook Arendt [1958] 1998, p. 179-180 en p. 192-193, waar zij de *daimon* in verband brengt met het begrip *eudaimonia* (welzijn).

1811 Zie hierover W.B. Prins, “Menselijkheid en de traditie van de politieke theorie”, in: J. de Visscher, M. Van den Bossche en M. Weyembergh (red.), *Hannah Arendt en de moderniteit*, Kampen: Kok Agora 1992, p. 78.

1812 Arendt 1968, p. 72.

1813 Supiot spreekt van “la dimension institutionnelle de l'humain” (Supiot 2005, p. 71).

1814 Edelman 1999, p. 415.

1815 In Arendts woorden: “Equality, in contrast to all that is involved in mere existence, is not given us, but is the result of human organization insofar as it is guided by the principle of justice. We are not born equal; we become equal as members of a group on the strength of our decision to guarantee ourselves mutually equal rights. Our political life rests on the assumption that we can produce equality through organization, because man can act in and change and build a common world, together with his equals and only with his equals. The dark background of mere givenness, the background formed by our unchangeable and unique nature, breaks into the political scene as the alien which in its all too obvious difference reminds us of the limitations of human activity – which are identical with the limitations of human equality” (Arendt [1951] 1974, p. 301).

1816 Arendt 1968, p. 72.

Ricoeur zet in zijn artikel *Qui est le sujet du droit?* deze gedachtelijn voort.<sup>1817</sup> Hij formuleert zijn kritiek op een naturalistische lezing van de grondrechten vanuit een filosofisch-antropologisch denkkader. Volgens hem is een naturalistische opvatting over de mens onjuist

“[...] dans la mesure où elle méconnaît l'étape anthropologique du pouvoir dire, du pouvoir faire, du pouvoir raconter, du pouvoir imputer, bref du *je peux* fondamental et multiple de l'homme agissant et souffrant, et prétend se porter directement aux accomplissements effectifs des individus, don't on peut admettre qu'il sont contemporains du droit positif des États. [...] Sans la médiation institutionnelle, l'individu n'est qu'une esquisse d'homme, son appartenance à un corps politique est nécessaire à son épanouissement humain et, en ce sens, elle n'est pas digne d'être révoquée. Le citoyen issu de cette médiation institutionnelle ne peut que souhaiter que tous les humains jouissent comme lui de cette médiation politique qui, s'ajoutant aux conditions *nécessaires* relevant d'une anthropologie philosophique, devient une condition *suffisante* de la transition de l'homme capable au citoyen réel.”<sup>1818</sup>

In deze passage houdt Ricoeur de lezer voor dat er aan zekere antropologische grondvoorwaarden moet zijn voldaan, wil er überhaupt sprake kunnen zijn van vrijheid en gelijkheid. Ter onderbouwing van deze stelling toont Ricoeur de antropologische voorwaarden voor subjectiviteit op verschillende vlakken. Om te kunnen spreken, te kunnen handelen, deel van verhalen uit te kunnen maken en verantwoordelijk gehouden te worden – kortom, om persoon te kunnen zijn – is niet alleen een relatie tot de ander noodzakelijk, maar ook een derde, bemiddelende instantie. Zo is er om te kunnen spreken naast een gesprekspartner een taal nodig.

Op dezelfde manier heeft ook het subject van het recht een *dialogisch* en *institutioneel* karakter, betoogt Ricoeur. Niet alleen drukt de rechtsgemeenschap via de afbakening en invulling van het juridische persoonsbegrip zijn stempel op het rechtssubject, maar ook vooronderstelt rechtssubjectiviteit op die manier een bepaalde mate van intersubjectiviteit. Men is slechts in staat rechten te hebben en uit te oefenen binnen de context van de instituties van het recht, en in een gemeenschap die door deze instituties wordt geconstitueerd. De infrastructuur van het recht biedt daarmee een ruimte waarin men kan worden aangesproken op zijn handelen en nalaten, en daarmee serieus genomen kan worden als verant-

1817 Voor nadere reflectie over Ricoeurs visie op rechtssubjectiviteit, zie J.E. Nijman, *The concept of international legal personality: an inquiry into the history and theory of international law* (diss. Leiden), Den Haag: T.M.C. Asser Press 2004, p. 378-386; en W.J. Veraart (2005a), *Ontrechting en rechtsherstel in Nederland en Frankrijk in de jaren van bezetting en wederopbouw* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005, p. 15-19.

1818 P. Ricoeur, “Qui est le sujet du droit ?” in: P. Ricoeur, *Le Juste*, Parijs: Editions Esprit 1995, p. 39-40.

woordelijk persoon. Persoon is men, met andere woorden, niet van nature, maar kan men slechts worden in relatie met anderen, waarbij die relatie wordt gemedieerd en gegarandeerd op institutioneel niveau.<sup>1819</sup> Pessers duidt de dialogische structuur van de juridische persoon in de volgende termen:

“Rechtssubjectiviteit is dus per definitie een intersubjectief en relationeel begrip. Het verwijst zowel naar de vrijheid van het individu ten opzichte van de gemeenschap, als naar de plichten tegenover diezelfde gemeenschap zonder welke het individu niet vrij kan zijn. De ander wordt dus ingeschreven in het rechtssubject.”<sup>1820</sup>

In aansluiting hiermee kan volgens Broekman en Foqué rechtssubjectiviteit slechts begrepen worden als het product van een discursieve praktijk, en niet als het resultaat van een voorgegeven autonomie:

“The legal subject derives its legal character from the legal relation as well as from the complex network of legal relations to which it belongs. Legal subjectivity can no longer be regarded as a reified abstraction made concrete, something to own and something with which one could defend one’s presumed autarky against the wicked world. Legal subjectivity must, on the contrary, be regarded as a process taking place in a discursive way within a context of legal relations with other legal subjects.”<sup>1821</sup>

Vanuit dit perspectief is het niet vreemd dat de burgerlijke staat van individuen in beginsel niet tot de vrije beschikking staat, aangezien zij deel uitmaakt van het institutionele structuur die van een ieder een persoon in het recht maakt. Bij deze institutioneel-juridische bemiddeling vormt het juridisch persoonsbegrip de voornaamste categorie. In 8.7 kom ik daar op terug.

#### 8.5.4 Naar een constructivistische fundering van de mensenrechten

Wat betekent Arendts visie op de mens voor haar begrip van de mensenrechten? Gezien Arendts kritiek op de natuurrechtelijke vooronderstellingen van de rechten van de mens (zie 7.10), kan men zich afvragen of de mensenrechten voor haar uiteindelijk geen verzameling loze kreten zijn. Op het eerste gezicht lijkt Arendt het algehele failliet van de mensenrechten te verkondigen. De titel van het

1819 “Seule en effet la relation au tiers, située à l’arrière-plan de la relation au toi, donne une base à la médiation institutionnelle requise par la constitution d’un sujet réel de droit, autrement dit d’un citoyen” (Ricoeur 1995, p. 34).

1820 Pessers 2005, p. 27.

1821 R. Foqué, “Legal subjectivity and legal relation. Language and conceptualization in the law”, in F. Fleerackers, E. van Leeuwen en B. van Roermund (red.), *Law, life and the images of man. Modes of thought in modern legal theory (Festschrift for Jan M. Broekman)*, Berlijn: Duncker en Humblot 1996, p. 342.

beroemde hoofdstuk waarin zij haar kritiek uit op de mensenrechten, *The end of the Rights of Man*, spreekt boekdelen. De Franse filosoof Rancière vat in zijn artikel *Who is the subject of human rights?* de rechtstheoretische impasse waarop Arendts analyse van de mensenrechten lijkt aan te sturen, als volgt samen:

“Either the rights of the citizen are the rights of man – but the rights of man are the rights of the unpoliticized person; they are the rights of those who have no rights, which amounts to nothing – or the rights of man are the rights of the citizen, the rights attached to the fact of being a citizen of such or such constitutional state. This means that they are the rights of those who have rights, which amounts to a tautology. Either the rights of those who have no rights or the rights of those who have rights.”<sup>1822</sup>

De kloof tussen mens en burger, *homme* en *citoyen*,<sup>1823</sup> wordt in een dergelijke voorstelling van zaken absoluut en onoverbrugbaar. Deze beschrijving berust echter op een statisch, naturalistisch begrip van het subject van de mensenrechten. Als we Arendts kritiek op de klassieke interpretatie van de rechten van de mens serieus nemen, wordt een alternatieve lezing mogelijk: een constructivistische benadering van de mensenrechten waarin een anti-essentialistisch begrip van het subject van de mensenrechten functioneert.<sup>1824</sup> In een dergelijk mensbeeld komt ten eerste tot uiting dat menselijkheid en waardigheid niet reeds gegeven zijn bij de geboorte; ten tweede dat menselijkheid en waardigheid pas mogelijk worden via institutionele en maatschappelijke bemiddeling, via een plaats in een gedeelde wereld; en ten derde “the fact that men, not Man, live on the earth and inhabit the world”<sup>1825</sup> zoals Arendt dat treffend in *The Human Condition* formuleert.

De vraag is of een dergelijke anti-essentialistische lezing van de mensenrechten niet een *contradictio in terminis* is. Vertrekken de mensenrechten niet onvermijdelijk vanuit een aantal ontologische vooronderstellingen ten aanzien van de mens? Door “a right to have rights” te postuleren, ofwel een recht op juridische persoonlijkheden, biedt Arendt met haar constructivistische benadering weerstand tegen een naturalistisch, *gestold* mensbeeld. Dit recht om rechten te hebben beschrijft zij als “the right of every individual to belong to humanity”<sup>1826</sup>,

1822 J. Rancière, “Who is the subject of the Rights of Man”, *South Atlantic Quarterly* 103: 2/3, Spring/Summer 2004, p. 302.

1823 Zoals in de *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. Zie voor nadere beschouwingen hierover, G. Agamben, *Homo sacer. De soevereine macht en het naakte leven*, Amsterdam: Boom/Parrèsia 2002, p. 137.

1824 Rancière vat deze derde optie enigszins enigmatisch samen met de woorden: “The Rights of Man are the rights of those who have not the rights that they have and have the rights that they have not” (Rancière 2004, p. 302).

1825 Arendt [1958] 1998, p. 7.

1826 Arendt [1951] 1973, p. 298.



en “to live in a framework where one is judged by one’s actions and opinions”.<sup>1827</sup> Hamacher typeert het letterlijk als een *voor-recht*, een voorjuridisch recht:

“The right to have rights is a *privi-legium* in the strictest sense, a prelegal premise, a proright, in which it is left open, *what* a human may be, *who* a human may be, and which rights may be granted to him aside from this unique one of belonging to humanity and of formulating his rights correspondingly. Therefore, this privilege is preceded neither by a natural nor a historical determination of man, of humanity, and its humaneness. [...] Every *given* determination of man breaks with his right of belonging to humanity, because only the humanity and humaneness that are *not yet given* would be able to determine what or who a human is.”<sup>1828</sup>

Ondanks deze anti-essentialistische inslag blijft Arendt vasthouden aan een geloof in de menselijke waardigheid. Haar concept van de menselijke waardigheid heeft echter niet zozeer van doen met een voorgegeven menselijke natuur, zoals in klassieke opvattingen van natuurrecht, maar berust op de erkenning dat er moet zijn voldaan aan bepaalde institutionele voorwaarden willen vrijheid en gelijkheid mogelijk zijn. In het voorwoord bij de eerste druk van *The origins of totalitarianism* roept zij expliciet op tot een nieuwe interpretatie en politieke en juridische inbedding van de menselijke waardigheid:

“Antisemitism (not merely the hatred of Jews), imperialism (not merely conquest), totalitarianism (not merely dictatorship) – one after the other, one more brutally than the other, have demonstrated that human dignity needs a new guarantee which can be found only in a new political principle, in a new law on earth, whose validity this time must comprehend the whole of humanity while its power must remain strictly limited, rooted and controlled by newly defined territorial entities.”<sup>1829</sup>

In haar benadering van de rechten van de mens krijgt het persoonlijkheidsbeginsel een symbolische dimensie. Volgens Arendt is voor de mens van essentieel belang “the legal personality which makes his actions and part of his destiny a consistent whole.”<sup>1830</sup> Juridische persoonlijkheid is vanuit dat perspectief niet alleen een vorm van rechtstechniek die toerekening van gepositieerde rechten en plichten mogelijk maakt. In de ogen van Arendt, en ook Ricoeur, vormt rechtssubjectiviteit de toegang tot een plek in de wereld, tot een kader waarbinnen een ieders handelingen zinvol kunnen zijn, en van betekenis. De juridische persoonlijkheid staat in dienst van *the common world*, en is daar zelf ook uitdrukking van.

---

1827 Arendt [1951] 1973, p. 296-297.

1828 W. Hamacher, “The Right to Have Rights (Four-and-a-Half Remarks)”, *South Atlantic Quarterly* 103: 2/3, Spring/Summer 2004, p. 353.

1829 Arendt [1951] 1973, p. ix.

1830 Arendt [1951] 1973, p. 301.

Op deze manier weet Arendt de essentialistische vooronderstellingen van haar 'constructivistische humanisme' tot een minimum te beperken.

In de volgende paragrafen wordt bekeken welke rechtsfilosofische conclusies naar aanleiding van de beschreven filosofisch-antropologische visies, en met name Arendts analyse, kunnen worden getrokken. Wat zijn de implicaties van de symbolische zijnswijze van de mens voor het recht? Daarbij worden twee mogelijke toepassingen van elkaar onderscheiden. De eerste benadering maakt de onbepaalbaarheid van de menselijke natuur tot uitgangspunt (8.6). Hoewel van groot belang voor theorievorming over het mensbeeld van de mensenrechten, is dit denkkader weinig productief op het terrein van het biorecht. De tweede benadering legt de nadruk op een antropologische, ofwel humaniserende, taak die het recht als institutie heeft te volbrengen (8.7). Deze tweede toepassing biedt een waardevolle invalshoek bij het denken over recht en medische biotechnologie, zo zullen we zien. Zij kan echter uitmonden in strijdigheid met het open karakter van het mensbeeld dat in de eerste benadering centraal staat (8.8). Beide benaderingen houden elkaar op die manier in balans.

## 8.6 De menselijke persoon als ruimte in het recht

Wat kunnen bovenstaande visies op de persoon, zoals die van van Arendt en Plessner, voor de rechtstheorie betekenen? Op basis van deze filosofisch-antropologische inzichten wordt wel beargumenteerd dat in het recht een ruimte moet worden gelaten, zoals Foqué en Glastra van Loon dat formuleren,<sup>1831</sup> een antropologische ruimte die correspondeert met de open, symbolische structuur van het menselijk bestaan, en met de publieke ruimte van Arendts *common world*. Een dergelijke benadering correspondeert met een postmetafysische insteek in het recht: in de publieke sfeer en ook in het recht dient men uit te gaan van de onmogelijkheid de mens vast te pinnen op bepaalde wezenskenmerken. Het enige wat de mens kenmerkt is zijn fundamentele ongrijpbaarheid en onherleidbaarheid. Ofwel, de mens kan slechts worden gedefinieerd door zijn ondefinieerbaarheid.

Dit mensbeeld kan niet alleen tegen een postmoderne achtergrond worden begrepen, maar heeft evenzeer wortels in een geheel andere traditie: de humanistische. Reeds de renaissance-filosoof Pico della Mirandola heeft de onbepaalbaarheid van de mens op seminale wijze in verband gebracht met de waardigheid van de mens. In zijn *De hominis dignitate* (1468) betoogt Pico dat de Schepper de

1831 Foqué brengt de ruimte van het recht vooral in verband met Arendts publieke ruimte (R. Foqué (1992a), *De ruimte van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 35); Glastra van Loon beroept zich op het werk van Plessner (J. Glastra van Loon (1980a), "Recht en menselijke natuur" (oratie Leiden 1959), in: J. Glastra van Loon, *De eenheid van het handelen. Opstellen over recht en filosofie*, Meppel/Amsterdam: Boom 1980, p. 47).

mens heeft gemaakt tot een “werkstuk” dat de mens zelf moet voltooien. Hij laat de Schepper als volgt tot de mens spreken:

“Voor alle wezens is de natuur vastomlijnd en binnen de door ons voorgeschreven wetten beperkt. Gij zult die voor uzelf bepalen, door geen grenzen belemmerd, naar eigen vrije wil, waaraan ik u heb toevertrouwd. Ik heb u midden in het heelal gezet, opdat ge van daaruit gemakkelijker alles rondom u zien kunt wat er in de wereld is. En we hebben u niet hemels of aards, niet sterfelijk of onsterfelijk gemaakt, opdat ge als een vrij en soeverein kunstenaar uzelf boetseert en modelleert in de vorm die ge verkiest. Het staat u vrij naar het lagere, het dierenrijk te ontaarden. Maar ge kunt u ook verheffen naar het hogere, het goddelijk rijk door eigen wilsbeschikking.”<sup>1832</sup>

De mens heeft van de Schepper de mogelijkheid gekregen zichzelf te vervolmaken, en onderscheidt zich op die manier van zowel dieren als engelen. Aan deze onbepaaldheid dankt de mens niet alleen zijn bijzondere status, maar ook zijn waardigheid. In Pico's beroemde woorden: “Wie zou die kameleon, die wij zijn, niet bewonderen?”<sup>1833</sup>

In deze paragraaf wordt bekeken wat deze onbepaaldheid van de mens, of zij nou humanistisch of postmodern wordt uitgelegd, voor de rechtstheorie kan betekenen.

In Nederland heeft Glastra van Loon zich ingezet om Plessners antropologie voor de rechtsfilosofie bruikbaar te maken. Met name uit Plessners anti-essentialistische benadering van de mens put Glastra van Loon inspiratie voor zijn eigen rechtsfilosofische denken.<sup>1834</sup> In zijn Leidse oratie *Recht en menselijke natuur* uit 1959 noemt hij de theoretische onbepaalbaarheid van de menselijke natuur niet minder dan “het centrale punt waar de rechtsfilosofie van uit heeft te gaan”.<sup>1835</sup> Glastra van Loon betoogt daar dat Plessners anti-essentialisme een uitweg biedt uit het aanhoudende debat tussen rechtspositivisten en natuurrechtsaanhangers. Noch het natuurrecht, noch het rechtspositivisme geeft zijn inziens het juiste antwoord op de vraag naar het menselijke in het recht.

Binnen de natuurrechtelijke benadering wordt het begrip ‘menselijke natuur’ al snel tot een onbruikbaar begrip voor de rechtspraktijk, zo betoogt Glastra van Loon. Doet men een poging het natuurrechtelijk begrip van de menselijke natuur scherp af te bakenen, en werkelijk handen en voeten te geven, dan blijkt al snel dat de interpretatie niet werkelijk universeel en tijdloos is, maar het product van een specifieke tijd en plaats. Een dergelijke interpretatie berust dan op de welbekende hoge hoed redenering: men stopt zijn persoonlijke opvattingen in de hoge hoed,

1832 G. Pico della Mirandola, *Over de menselijke waardigheid*, Arnhem: Van Loghem Slaterus 1968 (*Oratio de hominis dignitate* 1468, vertaald door J. Hemelrijk), p. 11.

1833 Pico della Mirandola [1468] 1968, p. 12.

1834 Zie Foqué voor een soortgelijke toepassing van Plessner op de rechtstheorie (Foqué 1996, p. 335-337).

1835 Glastra van Loon 1980a, p. 44.

om er vervolgens een universeel natuurrecht uit te voorschijn te toveren. Is de interpretatie van het begrip menselijke natuur daarentegen breed genoeg om de schijn van universaliteit hoog te houden, dan zal die interpretatie ongetwijfeld weer te vaag zijn voor concrete rechtstoepassing, zo stelt Glastra van Loon. Het begrip verzandt in dat geval in nietszeggendheid, en mist onderscheidend vermogen.<sup>1836</sup>

Ook het rechtspositivisme schiet tekort volgens Glastra van Loon. Kort gezegd luidt zijn kritiek dat de rechtspositivistische weergave van het rechtssysteem een valse voorstelling van de werking van het recht geeft. Met name de ontkenning van de antropologische fundamenteën van het recht, maakt dat het rechtspositivisme te ver af staat van de antropologische werkelijkheid waar het recht deel van uitmaakt:

“[De positivistische] beschrijving van het recht is als een beschrijving van de zee zonder golfslag, van het water zonder weerspiegeling, van de mens zonder hartklop [...] wie zou zich druk maken voor zó’n mens, voor zúlk recht als waarin rechtspositivisten ons willen doen geloven?”<sup>1837</sup>

De ontkenning van de antropologische fundamenteën van het recht heeft volgens Glastra van Loon, in extremis doorgeredeneerd, tot gevolg dat de rechtspositivist zelfs de nationaal-socialistische “beleidsregels” als recht moest erkennen.

Het is binnen deze antropologische leemte van het rechtspositivisme dat Glastra van Loon de filosofie van Plessner laat figureren. Via toepassing van Plessners gedachtegoed beoogt hij bovendien aan de hoge hoed redenering van het natuurrecht te ontsnappen, gezien het anti-essentialistische karakter dat Plessners antropologie draagt. Die toepassing werkt hij als volgt uit. Een ‘common ground’ tussen de natuurrechtsaanhanger en de rechtspositivist meent Glastra van Loon te kunnen vinden in het gelijkheidsbeginsel. Ook de rechtspositivist kan niet ontkennen dat de gelijkheid van normadressaten als een vooronderstelling van iedere juridische regel fungeert. “Wezenlijke gelijkheid van mensen aan elkaar als subjecten moet worden verondersteld, wil enig woord met zin uitgesproken, enige regel met zin gesteld kunnen worden.”<sup>1838</sup> In die zin kan ook de rechtspositivist niet werkelijk aan bepaalde antropologische vooronderstellingen ontsnappen. Deze wezenlijke gelijkheid moet volgens Glastra van Loon worden begrepen als een *gelijke onbepaalbaarheid van subjecten*. Hij zet zijn positie als volgt uiteen:

“De onbepaalbaarheid voor het kennen van de mens is dus niet als een perifere grens, een punt waar we halt moeten maken en niet verder kunnen. Het inzicht in deze onbepaalbaarheid is integendeel de centrale pijler waarop onze beschouwingen over de toetsing van het recht op zijn menswaardigheid gebaseerd moet wor-

1836 Glastra van Loon 1980a, p. 38.

1837 Glastra van Loon 1980a, p. 39-40.

1838 Glastra van Loon 1980a, p. 44.

den. [...] De onbepaalbaarheid van ons subjectzijn voor ons kennen, het feit dat wij niet kunnen zeggen: zie, zó is ons wezen en zó dienen wij ons dus op grond daarvan te gedragen, schept niet een leegte maar een ruimte. Ruimte namelijk voor een vrije ontplooiing van het subjectzijn.”<sup>1839</sup>

In plaats van een rechtspositivistische *leegte* waar het de menselijke natuur betreft, moet volgens Glastra van Loon het recht een antropologische *ruimte* laten voor het menselijke, gezien de fundamentele onbepaaldheid van de menselijke natuur. Deze visie op de mens als een ruimte in het recht sluit aan bij Arendts intrigerende concept *natality*, de gedachte dat de geboorte van ieder mens telkens weer een nieuw begin betekent. Volgens Arendt draagt een ieder een nieuw begin in zich, en wel op zo’n manier dat het menszijn door deze “nataliteit” wordt getekend.<sup>1840</sup>

Op deze manier betreft Glastra van Loon een midden tussen het recht als immanent en transcendent systeem,<sup>1841</sup> tussen het menselijke als sacrale waarde en open norm. Het menselijke krijgt een plaats binnen het recht, maar wel op *anti-essentialistische* wijze, hetgeen duidelijk blijkt uit het volgende citaat:

“Het subjectzijn van de mens is niet definieerbaar, niet objectief bepaalbaar, het kan niet theoretisch worden vastgelegd, alleen in de praktijk worden bevestigd. Géén optelsom van kenmerken en eigenschappen, géén beschrijvingen van Gestalten of relatie-structuren van kenmerken en eigenschappen kunnen aangeven waarin het subjectzijn van de mens bestaat. De enige theoretische, in termen van kennis vervatte bepaling die kan worden gegeven van het subjectzijn van de mens is dat het door ons kennen niet bepaald kan worden.”<sup>1842</sup>

Kortom, de mens vormt in Glastra van Loons opvatting, net als in het natuurrecht, het hogere principe van het recht. Op dat punt verschilt Glastra van Loons benadering van het rechtspositivistische perspectief. Waarin Glastra van Loon echter weigert mee te gaan is het natuurrechtelijke streven dit transcendente principe, dit hogere mensbeeld, te herleiden tot een bepaalde essentie of metafysische orde. De menselijke natuur dient volgens hem slechts in zijn onherleidbaarheid een plaats in het recht te krijgen. “Wat wij in een ander hebben te respecteren is niet hij als ander exemplaar van hetzelfde genus, maar het andere subject in de volle onbepaalbaarheid van zijn wezen.”<sup>1843</sup>

De vraag is welke concrete vorm deze benadering in het recht kan aannemen. Glastra van Loon komt op basis van de gelijke onbepaalbaarheid van mensen tot

<sup>1839</sup> Glastra van Loon 1980a, p. 47.

<sup>1840</sup> Zie met name de slotwoorden van *The Origins of Totalitarianism* (Arendt [1951] 1973, p. 497); en zie Arendt [1958] 1998, p. 9 en p. 247.

<sup>1841</sup> Zie Foqué in deze zin over bovenstaand citaat van Glastra van Loon (Foqué 1992a, p. 34-35).

<sup>1842</sup> Glastra van Loon 1980a, p. 46.

<sup>1843</sup> Glastra van Loon 1980a, p. 48.

het postulaat van “wezenlijke gelijkheid van mensen aan elkaar als subjecten.” Dit uitgangspunt kan bescherming bieden tegen instrumentalisering van de mens. Daarbij kan men wellicht denken aan de misdaden tegen de mensheid die onder het nazi-bewind plaats hadden, of aan slavernij. Maar ook kan via de nodige speculatie worden gedacht aan de mogelijke biomedische “zelf-instrumentalisering van de menselijke soort”, zoals Habermas dat formuleert.<sup>1844</sup> De precieze uitwerking van zijn principes blijft echter onduidelijk. Glastra van Loon geeft de volgende aanwijzing:

“De grootste ongelijkheid tussen mensen is er, wanneer de één louter kenobject is van de ander; de grootste gelijkheid, wanneer de een de ander ten volle in zijn onbepaalbare subjectzijn laat gelden.”<sup>1845</sup>

Maar wanneer is er sprake van een dergelijke ongelijkheid? Is een embryo dat op de genetische tekentafel is ontworpen volledig kenbaar voor de ander? Is een kloon louter kenobject van zijn ‘origineel’ en de artsen die zijn conceptie tot stand hebben gebracht? Wegens deze onduidelijkheden kan men zich afvragen of een van de bezwaren die Glastra van Loon tegen het natuurrecht noemt, ook niet van toepassing is op zijn eigen benadering. In het begin van zijn oratie oppert Glastra van Loon dat een begrip van de menselijke natuur dat voldoende abstract is om werkelijk universeel en tijdloos te zijn al snel verwordt tot “iets dat zo vaag en inhoudsloos is, dat daar ongeveer alles [...] mee te rijmen valt”.<sup>1846</sup> Hetzelfde zou men kunnen beweren ten aanzien van Glastra van Loons visie op de menselijke natuur. Los van de moeilijkheid te bepalen wanneer er sprake is van strijd met “de essentiële gelijkheid van subjecten”, kan een dergelijke benadering slechts een uiterste grens weergeven die niet overschreden mag worden.

De waarheid luidt dat Glastra van Loons tussenpositie geen positieve leidraad omvat. Het is een negatieve maatstaf, een uiterste grens, zoals hij ook zelf beaamt:

“De grondslag voor de mogelijkheid van een objectief verwerpend oordeel is gelegen in de essentiële gelijkheid van mensen aan elkaar als subjecten. Dat wil zeggen in de gelijkheid *en* de ondefinieerbaarheid van hun wezen, een gelijkheid dus die wel grenzen stelt aan, niet een positieve maatstaf levert voor het handelen van mensen met elkaar.

We kunnen dus niet in algemene termen aangeven hoe gehandeld moet worden *in overeenstemming* met de essentiële gelijkheid van mensen als subjecten. We

1844 “Selbstinstrumentalisierung der Gattung” (Habermas 2005, p. 114).

1845 Glastra van Loon 1980a, p. 47.

1846 Glastra van Loon 1980a, p. 38.

kunnen wel in concrete gevallen oordelen dat een bepaalde wijze van handelen daarmee *in strijd* is.”<sup>1847</sup>

Op het eerste gezicht lijkt Glastra van Loons perspectief de enige plausibele visie op de mens in het recht te bieden. Het getuigt in deze tijd van intellectuele overmoed om te menen het wezen van de mens in een bepaalde definitie te kunnen vangen. Het natuurrechtelijk project dat uitgaat van een aantal wezenskenmerken van de mens heeft nog maar weinig aanhangers. De menselijke waardigheid wordt dan ook in zowel juridische als filosofische documenten vooral in *negatieve* termen geduid. Zo lijkt het persoonsbegrip slechts betekenis te hebben in oppositie met het zaaksbegrip. “La personne se définit ... par ce qui n'est pas chose.”<sup>1848</sup> De persoon wordt gedefinieerd als hetgeen niet kan of mag worden geobjectiverd.<sup>1849</sup> Ook het EVRM is een goed voorbeeld. De menselijke waardigheid wordt in geen van de verdragsartikelen letterlijk genoemd, slechts in de preambule. Wel wordt het geacht in de verbodsbepalingen van artikel 3 en 4 te zijn vervat: het verbod op martelen en onmenselijke en vernederende behandeling en op slavernij. Zoals Delmas-Marty schrijft:

“le terme ‘dignité’ n'est jamais défini autrement que par l'énoncé des interdits qu'il sous-tend.” Art. 3 en 4 EVRM “sont directement posées sans référence explicite à la valeur protégée, comme s'il était impossible de ‘durcir en mots’<sup>1850</sup> cette valeur indicible qu'on désigne parfois comme l'irréductible humain.”<sup>1851</sup>

Ook in de juridische en ethische benaderingen van de medische biotechnologie zien we een zelfde redenering terug. De beperkingen van de biomedische handelingsvrijheid zijn immers voor een groot deel terug te voeren op het instrumentaliseringsverbod, het verbod de mens te gebruiken als een middel. Waar Kant dit instrumentaliseringsverbod nog *a priori* afleidde uit de menselijke rede, daar zien we in deze tijd af van dergelijke deducties, en achten we ons slechts in staat om *a posteriori* schendingen van de menselijke waardigheid te constateren. Meer algemeen berusten de mensbeelden die in het biorecht en de bio-ethiek domineren op een negatieve bepaling van de menselijke natuur: de mens is geen ding, geen dier, geen koopwaar en niet louter lichaam. Pech formuleert het juist:

<sup>1847</sup> Glastra van Loon 1980, p. 51.

<sup>1848</sup> Galloux 1994b, p. 169.

<sup>1849</sup> M. Davies en N. Naffine, *Are persons property? Legal debates about property and personality*, Burlington USA: Ashgate 2001, p. 51.

<sup>1850</sup> Daarmee verwijst Delmas-Marty vermoedelijk naar Arendts woorden: “the impossibility to solidify in words the living essence of the person as it shows itself in the flux of action and speech” (Arendt [1958] 1998, p. 181).

<sup>1851</sup> Delmas-Marty 1999, p. 74.

“Fâcheuse équation de la dignité moderne: c’est dans sa transgression que l’on en découvre les frontières et les contours. [...] La dignité relève [...] moins d’un concept positif (qui risquerait aujourd’hui de s’aventurer sur les chemins escarpés d’une “nature humaine” une et prescriptive?) ou d’une représentation idéale du sujet autonome, que d’une expérience sensible de la destruction morale dont nous cultivons méthodiquement le souvenir et guettons toutes les résurgences. La dignité n’est plus un *optimum* métaphysique, mais un *minimum* vital où l’humanité se découvre par évidemment de l’inhumanité.”<sup>1852</sup>

Tot slot kan hier nogmaals worden benadrukt dat de naoorlogse positivering van de menselijke waardigheid eveneens op een negatieve benadering berust. Zij kan immers worden begrepen als de reactie van de internationale rechtsgemeenschap op de misdrijven tegen de menselijkheid die tijdens de Tweede Wereldoorlog plaatsvonden. Hoofdstuk 7 kan in hetzelfde licht worden gezien. De bestudering van het recht in het Derde Rijk vormt een belangrijke stap in de richting van een beter begrip van het juridische concept van menselijke waardigheid.

Helaas biedt deze benadering echter onvoldoende richtlijn bij de regulering van de medische biotechnologie. Zoals ook Delmas-Marty in het vervolg van haar betoog stelt volstaat een negatieve benadering van de menselijke waardigheid niet in de context van de biotechnologie: “la recherche d’une définition [est] rendue nécessaire par la complexité des nouveaux enjeux liés notamment au développement des biotechnologies.”<sup>1853</sup> Het biorecht berust op meer dan een aantal uiterste grenzen. Zo is er in de juridische praktijk rondom medische biotechnologie sprake van modaliteiten van toelaatbaarheid, en niet slechts van absolute verboden, zoals in het geval van de positivering van de menselijke waardigheid in de naoorlogse mensenrechten-verdragen.

Artikel 3 en 4 van het EVRM, de artikelen waarin de menselijke waardigheid is neergelegd, omvatten absolute verboden op martelen en slavernij, waar geen enkele uitzondering op is toegelaten. Zelfs artikel 2 EVRM, het recht op leven, is niet in zulke absolute termen geformuleerd, en kan onder bepaalde voorwaarden door lidstaten worden beperkt. In het biorecht is het onderscheid tussen toegelaten en verboden biomedische handelingen daarentegen niet altijd zo scherp. Zo is gebruik van het rest-embryo voor wetenschappelijke doeleinden slechts onder bepaalde voorwaarden geoorloofd, en kunnen lichaamsdelen alleen worden afgestaan wanneer dat *om niet* geschiedt.

De vragen die de biomedische technieken opwerpen zijn juist zo lastig omdat niet onmiddellijk duidelijk is tot welke hoogte het embryo en het lichaam per-

1852 T. Pech, “La dignité humaine. Du droit à l’éthique de la relation”, *Recueil Dalloz hors-série Jus-tices*, mei 2001, p. 100.

1853 Delmas-Marty 1999, p. 74.



soon of zaak zijn. Uit de gelijke onbepaalbaarheid van *personen* of *subjecten*, zoals Glastra van Loons maatstaf luidt, kan slechts met moeite een antwoord worden afgeleid op de vraag hoe we met organen of embryo's moeten omgaan. Zij maken immers deel uit van een grijs gebied tussen persoon en zaak. Belangrijker nog, een dergelijke benadering gaat voorbij aan de kern van de afwegingen die met betrekking tot de medische biotechnologie dienen te worden gemaakt. Wat voor een plaats hebben het lichaam en het embryo in onze samenleving en cultuur? Voor een antwoord op dit soort vragen is een positieve benadering, die vertrekt vanuit een bepaalde symbolisering van deze biomedische hybriden, vereist. In 8.7.3 wordt deze benadering nader uitgewerkt.

Glastra van Loons negatieve benadering biedt evenwel bescherming tegen een onderdrukkende overheid, die zich alle aspecten van het menselijke bestaan toeëigent, en het individu opsluit binnen de contouren van een absolutistisch mensbeeld. Zoals hij aangeeft, brengt de ondefinieerbaarheid van de mens geen leegte, maar biedt het een ruimte voor persoonlijke ontplooiing. Een al te substantiële invulling van het juridische mensbeeld van de mens kan “oppressief en verstikkend” voor het individu zijn, zo stelt hij. Bovendien berust dergelijk essentialisme in wezen op onverdraagzaamheid. Men erkent slechts “één ware ethiek, die namelijk voortvloeit uit de ware natuur van de mens.”<sup>1854</sup>

De waarde van een dergelijke negatieve benadering zien we mooi terug in het werk van 't Hart en Foqué. Wanneer we de mens als ruimte in het recht opvatten, dan biedt een open juridisch persoonsbegrip bescherming tegen een alles controlerende machtsuitoefening op twee niveaus: bescherming tegen overmatige overheidsbemoeienis met het persoonlijke leven, en “bescherming van het onderdrukte weten, [...] van de mogelijkheid van andere visies op de werkelijkheid”.<sup>1855</sup> Om die reden waarschuwen Foqué en 't Hart voor een genaturaliseerd en verstard mensbeeld in het recht. Deze verstarring komt tot uiting in pogingen de juridische persoon samen te laten vallen met de ‘ware’ mens of de mens van vlees en bloed. Foqué en 't Hart benadrukken daarom de artificialiteit of contrafacticeit van het recht, met name van het juridisch persoonsbegrip, zoals reeds in hoofdstuk 7 is besproken. Zij spreken op die manier over rechtsbegrippen,

“om aan te geven dat zij niet louter representatie van de feitelijke werkelijkheid zijn. In die zin zijn zij *principeel lege plekken*, die aan de dwingende invulling vanuit het disciplinerende weten kunnen ontsnappen [...]. Dat betekent dat het vrij-plaatsen zijn die op z'n minst virtueel nog door een ander weten, een bedreigd onderdrukt weten – kortom door alteriteit – kunnen worden opgevuld.”<sup>1856</sup> [cursivering BvB]

1854 Glastra van Loon 1980a, p. 48.

1855 A.C. 't Hart, *Recht als schild van Perseus. Voordrachten over strafrechtstheorie*, Gouda Quint/Kluwer Rechtswetenschappen: Arnhem/Antwerpen 1991, p. 46.

1856 R. Foqué en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint/Antwerpen: Kluwer 1990, p. 334.

Met hun contrafactische begrip van de juridische persoonlijkheid zetten zij zich af tegen de onderwerping van het recht aan zowel metafysische als wetenschappelijke waarheidsaanspraken. Beide typen waarheidsaanspraken kunnen een ongewenst naturaliserend of verstenend effect op het recht hebben, dat in de weg staat van de emancipatoire werking van het recht. In de woorden van 't Hart:

“Het individu neemt deel aan het publieke leven als rechtssubject, waarbij die rechtssubjectiviteit wordt opgevat als het juridische statuut dat aan het individu is verleend om het gedeeltelijk af te schermen voor machtsuitoefening. Dat is de basis van rechtsbescherming [...] die nodig is voor publieke, politieke mondigheid [...]. Een dergelijk beschermend rechtsbegrip is dus tevens een emancipatoir rechtsbegrip.”<sup>1857</sup>

Foqué en 't Hart geven op die manier een mogelijke uitwerking van Glastra van Loons juridische beginsel van de onbepaalbaarheid van de mens. Slechts een open mensbeeld in het recht, een leeg juridisch persoonsbegrip, kan recht doen aan de emancipatoire werking van het recht. Een dergelijke principiële leegheid biedt juridische ruimte voor verzet van het individu tegen “het disciplinerende weten”, zoals Foqué en 't Hart dat in navolging van Foucault formuleren, en ruimte voor een ander verhaal dan de heersende ideologie.<sup>1858</sup>

Een dergelijk pleidooi voor een principieel *leeg* juridisch persoonsbegrip herinnert in een aantal opzichten aan de artificialistische benadering die in hoofdstuk 6 is besproken. Volgens artificialist Thomas behoort de juridische persoon immers tot “les catégories neutres en soi et vides de sens”.<sup>1859</sup> Bovendien neemt ook in Foqué en 't Harts denken de artificialiteit van het recht een belangrijke plaats in.

Het gevaar van een substantieel mensbeeld, en van een vergaande inkleuring van de juridische persoon, is inderdaad een grootschalige bemoeienis van de overheid met het individu. De menselijke waardigheid verwordt dan tot een legitimatie van vergaand ingrijpen in het persoonlijke leven van de burger. Behoort de relatie die een ieder tot zijn eigen lichaam onderhoudt heeft niet tot de meest persoonlijke sfeer denkbaar? Op grond waarvan kan de overheid individuele wensen met betrekking tot het eigen lichaam, al dan niet realiseerbaar via nieuwe biomedische technieken, aan de kant schuiven? Dient het persoonsbegrip om die reden niet prin-

1857 't Hart 1991, p. 159-160.

1858 Foqué verwijst om de principiële leegheid van rechtsbegrippen te onderbouwen naar het werk van Claude Lefort: “Het gaat hier om het *formele* karakter van die begrippen en beginselen. Dat wil zeggen om de pluraliteit aan betekenis*mogelijkheden* die zij ten opzichte van het feitelijk handelen en beslissen creëren en beschermen, en *niet* om hun vermeende vaste inhoud in het licht van een voor natuurlijk verklaard mens- en maatschappijbeeld. De *leegheid* van het begrip en het beginsel, hun *principiële onbepaalbaarheid*, is de leegte en het latente karakter dat Lefort op het oog heeft, als hij spreekt over de *lege plek van macht, soevereiniteit en algemeen belang*” (Foqué 1992, p. 34).

1859 Thomas 1998, p. 104.

cipieel open en ‘lichaamloos’ te blijven? Met andere woorden, de discussie tussen artificialisten en realisten over de taak van het recht in de samenleving keert, zoals ik al in hoofdstuk 6 aankondigde, binnen een symbolisch-juridisch kader terug.

Toch zou het verkeerd zijn om Foqué en 't Hart over een kam te scheren met de Franse artificialisten. Het verschil met de benadering van Glastra van Loon, Foqué en 't Hart is dat Thomas en gelijkgestemden als De Béchillon zich beroepen op het technische karakter van het recht, en niet op de wezenlijke onbepaalbaarheid van de mens. Het gaat hen vooral om de ongewenste verwatering van de grenzen tussen het recht enerzijds, en politiek, ethiek en psychologie anderzijds.

Maar ook het artificialisme van rechtsgeleerden Cayla en Iacub, die een kunstmatige opvatting van het persoonsbegrip in dienst stellen van het zelfbeschikkingsrecht, komt niet overeen met de opvattingen van Foqué en 't Hart. Het gaat deze laatsten niet om de verwijdering van alle mogelijke juridische belemmeringen voor een zo groot mogelijke, individuele vrijheid. Zij verzetten zich juist expliciet tegen de gedachte dat het individu geheel onafhankelijk van een institutionele inbedding tot maximale ontplooiing kan komen:

“Aan [overheidsbeleid] zal de eis moeten worden gesteld dat het gericht is op het principieel openhouden van de mogelijkheden tot verzet vanuit het andere weten en op het institutionaliseren van die mogelijkheden. Een beleid dat dit niet zou doen, leidt ofwel tot verlicht despotisme ofwel tot de illusie dat de emancipatie van de burger alleen van diens eigen spontane, individuele actie afhangt en losstaat van maatschappelijke institutionalisering. Het isoleren van rechtsbescherming, losgeweekt van instrumentaliteit, en de voorstelling alsof daarin het summum van rechtsstatelijkheid gelegen zou zijn, dreigt dan gevaarlijke trekken te krijgen: het zou de gedachte kunnen doen postvatten dat de burger los van institutionaliseren, te initiëren en te verzekeren door beleid, als het ware vanuit zijn individualistische spontaniteit, tot maximale ontplooiing kan komen. Wanneer het individu aan zijn eigen spontaniteit wordt overgeleverd, ontstaat zelfs een nieuw instrumentalisme: de enige betekenis van het recht is dan nog instrument te zijn in het activisme van het emanciperende subject, dat daarmee logisch aan elke ordening vooraf zou gaan.”<sup>1860</sup>

In plaats van het maakbaarheids- en zelfbeschikkingsideaal van Cayla en Iacub stellen Foqué en 't Hart de artificialiteit van het recht in dienst van “alteriteit”, het andere verhaal, het kunnen leven in de eigen waarheid. Het juridisch persoonsbegrip dient open te blijven opdat men in verzet kan komen tegen een verstenend, naturaliserend, disciplinerend weten. Een dergelijke openheid fungeert als een open plek in heersende waarheidsregimes. In zekere zin kunnen Foqué en 't Hart artificialisten worden genoemd, maar dan wel met een eigen type artificialisme:

---

<sup>1860</sup> Foqué en 't Hart 1990, p. 333-334.

“Wanneer we vanuit de traditie van het recht als artefact – of in actuele termen gezegd: vanuit de contrafacticiteit van de juridische categorieën – kijken naar deze ideologie van het legalisme kunnen die artificialiteit en die contrafacticiteit een nieuwe betekenis krijgen: het gaat dan niet meer om het recht als tegenpositie tegen de personifieerbare despotie, maar om het recht als tegenpositie tegen de anonieme strategieën van een concreet orderingsdenken, om het recht als utopisch tegenwicht tegen een in zichzelf opgesloten en versteende ideologie.”<sup>1861</sup>

Een ander verschil met de Franse artificialisten is dat het onduidelijk blijft wat de plaats van het lichaam is in de reflecties Foqué en 't Hart over het juridisch mensbeeld. Van de Franse artificialisten weten we dat zij ook in het debat rondom de medische biotechnologie de lichaamloze aard van het juridisch persoonsbegrip onderstrepen, of dat nu in het kader van een technische opvatting van het recht (Thomas, De Béchillon) of als onderdeel van een zelfbeschikkingsperspectief (Cayla, Iacub) geschiedt. Duidelijk is dat Foqué en 't Hart hun theoretisch kader niet hebben afgestemd op de ontwikkelingen in de medische biotechnologie. Naar hun mogelijke positie in het debat rondom de taak van het recht in deze kwesties is het dus raden.

Een mogelijke redenering is dat de onbepaalbaarheid van de mens, en de ruimte in het recht die met deze onbepaalbaarheid correspondeert, onder druk zijn komen te staan sinds de opkomst van de medische biotechnologie. Het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid zou men kunnen inzetten tegen de verstening en naturalisering van het mensbeeld die wellicht het gevolg zijn van de dominantie van het biomedisch mensbeeld. In dat verband zou men kunnen redeneren dat de bescherming van de onbepaalbaarheid van de mens juist om nadere explicitering van de menselijke waardigheid vraagt. Daar zou men echter weer tegenin kunnen brengen dat een nadere explicitering in strijd is met de visie op de persoon als lege categorie. De menselijke waardigheid is vanuit dat perspectief juist gelegen in de onbepaalbaarheid van de persoon, en dat staat haaks op een nadere duiding van de menselijke waardigheid. In dat geval kan men echter aan de hand van deze benadering weinig criteria ontleen voor de normering van biomedische technieken. Sterker nog, men zou juist kunnen beargumenteren dat de medische biotechnologie de wezenlijke onbepaalbaarheid van de mens op een bepaalde manier uitdraagt. Wanneer de mens, zoals Plessner stelt, van nature kunstmatig is, kan er weinig tegen de biotechnologische modificatie van de mensheid worden ingebracht. Op dezelfde manier sluit Pico's visie op de mens goed aan bij de *transcendence opératoire*, ofwel de gedachte dat de mens zijn eigen goden zal creëren, die Hottois en andere posthumanisten<sup>1862</sup> voorstaat. In Hottois' woorden:

<sup>1861</sup> Foqué en 't Hart 1990, p. 427.

<sup>1862</sup> Zo beschouwt Nick Bostrom Pico's visie op de menselijke waardigheid als het posthumanistische waardigheidsbegrip bij uitstek (N. Bostrom, "Dignity and enhancement", in: *The Pre-*

“Dans [...] *Le discours sur la dignité de l'homme* de Pic de la Mirandole la dignité de l'homme tient au fait qu'il est toujours *à faire*, y compris dans sa physionomie, dans sa capacité, sa liberté et sa volonté de transgresser les limites du donné naturel. La dignité qualifie ainsi une attitude ou une réaction face à la condition humaine: une affirmation de la transcendance de l'homme, non pas ontologique, mais opératoire, à poursuivre indéfiniment y compris dans la transfiguration effective, et pas simplement symbolique, des corps.”<sup>1863</sup>

De invloed van Pico's gedachtegoed is ook herkenbaar in de *dissenting opinion* van rechter Martens bij de Cossey-zaak. In deze zaak over de erkenning van transseksualiteit bepleit Martens dat de menselijke waardigheid een recht tot zelftransformatie impliceert:

“Human dignity and human freedom imply that a man should be free to shape himself and his fate in the way that he deems best fits his personality. A transsexual does use those very fundamental rights. He is prepared to shape himself and his fate.”<sup>1864</sup>

Kortom, de benadering op basis van de onbepaalbaarheid van de menselijke natuur wijst in meerdere richtingen, en biedt geen eenduidige leidraad voor het biorecht.

Ook Glastra van Loons rechtsfilosofie is op dat punt onhelder. Hij toont op meerdere plaatsen in zijn werk een fascinatie voor de plaats van het lichaam in het recht, een interesse die zich mede laat verklaren door zijn achtergrond als jurist en medicus.<sup>1865</sup> Desondanks blijft het onduidelijk welke plaats aan het lichaam toekomt in zijn rechtstheoretische visie op de menselijke natuur. Wel sluit Glastra van Loon zijn artikel *Het afwezige lichaam* af met de volgende fascinerende passage:

“Het ‘huis’ waarin de mens leeft kan noch door een idealistische noch door een realistische visie, niet door een rationalistische en niet door een empiristische mensbeschouwing op orde worden gebracht. Dat huis moet niet worden vergeestelijkt

---

sident's Council on Bioethics, *Human Dignity and Bioethics. Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, Washington D.C. 2008, p. 173-207, <[www.bioethics.gov/reports/human\\_dignity/chapter8.html](http://www.bioethics.gov/reports/human_dignity/chapter8.html)>.

1863 G. Hottois, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, Parijs: Vrin 1999, p. 56.

1864 Martens' *dissenting opinion*, r.o. 2.7 bij EHRM 27 september 1990, NJ 1995, 678, m.nt. EEA (Cossey t. Verenigd Koninkrijk).

1865 In een artikel over het belang van Hannah Arendts denken voor de rechtswetenschap vertelt hij van zijn pogingen een brug tussen beide domeinen te slaan: “In de medische studie ging het primair over mensen als lichamen waarvoor ook nog iets geestelijks een rol kan spelen; in de rechtenstudie ging het over mensen als wezens met ken- en wilsvermogens en waren hun lichamen iets bijkomstigs. Hoe moest ik in vredesnaam het verband tussen het ene en het andere studie-object gedacht worden?” (J. Glastra van Loon, “Natuur en cultuur. Over: Hannah Arendt, *On Violence*”, in W. Witteveen en S. Taekema (red.), *Verbeeldingsmacht. Wat juristen moeten lezen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 57).

in transcendentale subjectiviteit en ook niet worden gereduceerd tot louter feitelijkheid. Die orde moet niet worden verheven boven de zintuiglijke waarneming en het lichamelijke handelen, noch worden gereduceerd tot louter objecten en objectieve gebeurtenissen. Géén van deze zienswijzen levert een aanvaardbare basis op voor de categorisering van de menselijke ervaring. De orde die de mens nodig heeft in zijn huis moet worden totstandgebracht door *een bezwerende formule* die ‘natuurlijkheid’ en ‘kunstmatigheid’ met elkaar verenigt op de manier waarop zij in de mens zijn verenigd” [cursivering BvB].<sup>1866</sup>

Het citaat roept de vraag op wat die mysterieuze “bezwerende formule” waar Glastra van Loon van spreekt zou kunnen zijn. Is wellicht de menselijke waardigheid de formule waarin kunstmatigheid en natuurlijkheid worden verenigd? Zo ja, welke interpretatie daarvan?

In samenhang hiermee is het de vraag of Glastra van Loon via zijn tussenpositie, via deze “ruimte van het recht”, daadwerkelijk in de antropologische leemte voorziet. Binnen de ruimte van het recht is plaats voor een vrije ontplooiing van het subjectzijn, zo schrijft hij. Maar wat zijn de antropologische condities voor deze vrije ontplooiing? Onder welke omstandigheden is een dergelijke vrije ontplooiing mogelijk? En hoe dient het recht bij te dragen aan de totstandkoming van deze ruimte? Wat is het juiste institutionele kader voor de vrije ontplooiing van het subject? Waar Glastra van Loon uit Plessners excentrische positionaliteit een ruimte binnen het recht voor de vrije ontplooiing van het subject afleidt, zou de antropologie van Plessner en Cassirer, toegepast op het recht, even goed de aanleiding kunnen vormen tot nadere gedachtevorming over een mogelijke symbolische bemiddeling via het recht.

Plessners en Cassirers antropologische theorieën gaan niet in op de vraag hoe symbolische bemiddeling concreet plaatsvindt. Onduidelijk blijft bovendien in hoeverre het subject ook zelf het resultaat is van een symboliseringsproces. De Franse lacaniaanse psychoanalyse voorziet voor een deel in deze leemte, en tracht een antwoord te bieden op de vraag naar de symbolische constitutie van het zelf. Deze kijk op het subject is dan ook herkenbaar in de reflectie van juristen die het recht als voedingsbodem voor een symbolisch persoonsbegrip zien en, meer algemeen, aan het recht een symbolische functie toeschrijven.

Aangenomen dat de mens inderdaad een *animal symbolicum* is, hoe dient die symbolische dimensie dan tot uiting te komen in het recht? Is het zelfs zo dat het recht ook zelf een functie heeft te vervullen bij de symbolisering van de biologische werkelijkheid? In het kader van dit onderzoek is vooral de verhouding tussen symbolische en lichamelijke categorieën interessant. Een belangrijke vraag luidt

<sup>1866</sup> J. Glastra van Loon, “Het afwezige lichaam”, in: J. Glastra van Loon, *De eenheid van het handelen. Opstellen over recht en filosofie*, Meppel/Amsterdam: Boom 1980, p. 191.

hoe de symbolische bemiddeling van biologische categorieën als het lichaam, de dood en de geboorte in het recht plaatsvindt en kan vinden.

Op dit juridische symboliseringsproces ga ik de komende paragraaf in (8.7). Daarbij zal uiteindelijk blijken dat er voor het rechtstheoretische gedachtegoed over de principiële onbepaalbaarheid van de mens wel degelijk een rol is weggelegd bij de juridische symbolisering van biologische grenzen. De vaagheid die inherent is aan de visie op de mens als ruimte in het recht maakt dat er weliswaar nauwelijks richtlijnen voor de regulering van het biomedisch handelen aan kunnen worden ontleend. Maar deze negatieve benadering, waarin de onbepaalbaarheid van de mens centraal staat, biedt een *noodzakelijk tegenwicht* bij het doordenken van de symbolische functie van het recht (8.8 en 8.9).

## 8.7 De antropologische functie van het recht

### 8.7.1 De humaniserende fictie van de menselijke waardigheid

Eerder is beschreven hoe in Franse rechtstheoretische kringen vooral naar aanleiding van de *Perruche*-jurisprudentie een debat is ontstaan tussen de juristen die een ‘artificialistische’ en een ‘realistische’ benadering van het recht erop nahouden. Aan de hand van de gedachtevorming over de institutionele en antropologische context van het juridische persoonsbegrip en de menselijke waardigheid, kan de positie van deze realisten nu nader worden geduid. Het recht maakt volgens deze rechtsgeleerden deel uit van wat Arendt *the common world* noemt, en wat door henzelf meestal de *symbolische orde* wordt genoemd. Op grond van deze antropologische voedingsbodem komt het recht een *humaniserende* functie toe, betogen zij. Met andere woorden, juristen als Supiot, Labrusse-Riou, Edelman, Fabre-Magnan en Legendre zien een taak weggelegd voor het recht bij de symbolische bemiddeling van het menselijk leven in biologische zin. Die taak wordt in het Franse rechtstheoretische debat veelal de *antropologische* of *symbolische* functie van het recht genoemd. Het is deze symbolische functie van het recht die drastisch werd ontkend in de nazistische dehumaniseringspolitiek.<sup>1867</sup> In deze tijd wordt de antropologische functie van het recht echter vooral ingezet tegen een al te artificialistische opvatting van het recht bij de juridische inkadering van de medische biotechnologie.

In de Nederlandse rechtstheorie heeft met name Pessers op overtuigende wijze laten zien hoe de rechtsorde voor een belangrijk deel ook een symbolische orde is.<sup>1868</sup> Zo maakte zij dat aanschouwelijk in haar proefschrift door onderzoek

<sup>1867</sup> In de woorden van Supiot: “Nier la fonction anthropologique du Droit au nom d’un prétendu réalisme biologique, politique ou économique est un point commun de toutes les entreprises totalitaires. Cette leçon semble aujourd’hui oubliée par les juristes qui soutiennent que la personne juridique est un pur artefact sans rapport avec l’être humain concret” (Supiot 2005, p. 11).

<sup>1868</sup> Zie met name Pessers 1999, p. 140-152; en 2003a p. 33-37.

naar het wederkerigheidsbeginsel,<sup>1869</sup> in haar Thijm-essay door reflectie over “de institutionaliserende en symboliserende functie van het familierecht”,<sup>1870</sup> in haar oratie door de symbolische orde van de democratische rechtstaat bloot te leggen,<sup>1871</sup> en in haar preadvies door een analyse van de menselijke waardigheid en het juridisch persoonsbegrip.<sup>1872</sup> Andere Nederlandstalige rechtsgeleerden die de symbolische dimensie van het recht op verschillende manieren in hun werk naar voren laten komen zijn onder meer Broekman,<sup>1873</sup> Hol,<sup>1874</sup> Foqué<sup>1875</sup> en 't Hart.<sup>1876</sup>

Wanneer men in de Franse rechtstheorie spreekt van de antropologische of symbolische functie van het recht, doelt men in wezen op de taak die het recht heeft te vervullen bij het humaniseringsproces van de mens. De zorg van deze juristen is

“que l'humanité de l'homme soit préservée, avec la conscience que si le passé peut nous servir de leçon, il ne peut fournir les recettes car, dans un monde vivant et donc en perpétuelle évolution, l'humanité est sans cesse à réinventer”.<sup>1877</sup>

Het recht is volgens hen niet uitsluitend een beleidsinstrument, of een puur artefact dat los van de antropologische werkelijkheid staat, maar speelt een essentiële rol in de menswording van ieder individu. Daarbij is van belang dat deze rechtswetenschappers het recht opvatten als onderdeel van de symbolische orde. Pas wanneer de mens wordt ingeschreven in de symbolische ordes van onder meer de taal, de bloedverwantschap en maatschappelijke instituties als het recht, kan hij persoon worden. De *symbolisering* van het menselijk bestaan is onlosmakelijk verbonden met de *humanisering* van dat bestaan. In Pessers' woorden:

“Wat een mens tot een *animal symbolicum* maakt is zijn vermogen het biologisch bestaan te overstijgen en dankzij zijn taal, fantasie en verbeelding instituties te scheppen waaraan hij zich vervolgens onderwerpt. Pas deze onderwerping maakt hem tot een subject in de zin van een *subiectus*. Buiten zo'n symbolisch herkenningssysteem is er geen subject denkbaar. Er zouden geen relaties tot een ander

1869 Zie Pessers 1999.

1870 D. Pessers (2003b), *Verdwaalde seksen: over sperminators, metroseksuelen en autocopieën*, Nijmegen: Valkhof Pers 2003, p. 12. Zie ook D. Pessers (2003c), “Vaders doen er niet toe, kinderen zijn de dupe: de macht van moeders is grenzeloos”, *NRC Handelsblad*, 20 december 2003, p. 17.

1871 Zie Pessers 2003a.

1872 Zie Pessers 2005.

1873 Zie onder meer hoofdstuk 5 van Broekman 1983, met name p. 136-156.

1874 Zie onder meer A.M. Hol, “Hannah Arendt: publiek domein, recht en rechtspraak”, *R&R* 2003, nr. 3, p. 207-228, waar Hol de rechtsorde in arendtiaanse termen duidt, en A.M. Hol, “Rituelen en symbolen in de rechtspraak. Hun functie en hun betekenis”, in AA 2006, p. 805-817, waar Hol de symbolische dimensie van de rechtspraak belicht.

1875 Zie Foqué 1992a en 1996.

1876 Foqué en 't Hart 1990; 't Hart 1991.

1877 M. Fabre-Magnan, “Présentation”, in: C. Labrusse-Riou, *Écrits de bioéthique*, Parijs: PUF 2007, p. 42.



bestaan, geen bindingen, geen verplichtingen, maar ook geen aanspraken of rechten. Een a-symbolisch wezen is een wezen dat aan niemand iets verschuldigd is, omdat het tot niets of niemand in een relatie staat. Symbolisering betekent daarom personalisering en humanisering. Want als een *animal symbolicum* is de mens niet langer herleidbaar tot zijn biologische bestaanswijze. De mens wordt meer dan zijn lichaam. En in dat meerdere schuilt zijn menselijke waardigheid.”<sup>1878</sup>

Ook het recht draagt bij aan dit symboliserings- en humaniseringsproces. Zoals het recht ons volgens de filosofie van het sociaal contract onttrekt aan de natuurstaat, zo onttrekt het recht ons volgens deze juristen aan de zinloosheid en betekenisloosheid van de biologische werkelijkheid. Via de beginselen en categorieën van het recht wordt het mogelijk een betekenis te geven aan de biologische aspecten van het menselijk bestaan, ze onderdeel te maken van een levensverhaal, en de mens tot meer te maken dan zijn vlees, bloed en botten.

Reeds op het meest basale niveau van de rechtstorde, bij de attributie van juridische persoonlijkheid, is deze symbolisering werkzaam. De toetreding tot de rechtsgemeenschap wordt niet alleen gekenmerkt door de toekenning van subjectieve rechten, maar vooral ook door een gedaantewisseling: men verkrijgt het statuut van juridische persoon, en neemt op die manier een gedaante aan die men deelt met de andere leden van de rechtsgemeenschap: men wordt rechtssubject. Men wordt daarmee het toerekeningspunt (subject) van rechten en plichten (persoon in technisch-juridische zin), én men wordt onderworpen (subiectus) aan een overkoepelende structuur (persoon in symbolisch-juridische zin). Met andere woorden, door toekenning van juridische persoonlijkheid wordt mensen tegelijkertijd van elkaar gescheiden – de toewijzing van een persoonlijke sfeer van vrijheden en rechten – en met elkaar verbonden door een gemeenschappelijk statuut:

“Het recht [...] stelt grenzen in door natuurlijke personen – personen van vlees en bloed – eerst van elkaar af te zonderen, en hen vervolgens op het niveau van de rechtssorde weer te binden in hun gemeenschappelijke en symbolische gedaanten van rechtssubjecten. Deze transformatie van een grenzeloze feitelijke werkelijkheid naar een afgrenzende symbolische werkelijkheid markeert de overgang van natuur naar cultuur, van natuurstaat naar rechtsstaat en is als zodanig de kern van het sociaal contract. Tussen partijen die elkaar stelselmatig naar het leven staan, wordt een grens gesteld die partijen op afstand houdt en tegelijkertijd met elkaar verbindt in hun nieuwe hoedanigheid: die van rechtssubjecten, gezamenlijk onderworpen aan het recht.”<sup>1879</sup>

<sup>1878</sup> Pessers 2003b, p. 21.

<sup>1879</sup> Pessers 2003a, p. 33-34.

De juridische persoon is wat dat betreft geen lege categorie: zelfs de meest uitgekleden versie van juridische persoonlijkheid maakt herkenning en verbondenheid tussen individuen als rechtssubjecten mogelijk.

In deze tijd vormt de menselijke waardigheid de duidelijkste manifestatie van het symbolische gehalte van de juridische persoonlijkheid. Aan de discussies over de inhoud van de menselijke waardigheid (menselijke waardigheid in haar collectieve en individuele dimensie) en haar reikwijdte (kan men op grond van de menselijke waardigheid treden in de relatie die het individu tot zijn eigen lichaam onderhoudt?) ligt dan ook uiteindelijk de vraag ten grondslag hoe ver de subjectivering van de rechtsorde kan gaan, zonder dat de gemeenschappelijke structuur die de rechtsorde vooronderstelt wordt ondermijnd. In 8.9 komt deze kwestie uitgebreider aan bod.

Het ligt voor de hand dat de antropologische functie van het recht zich het meest bij de invulling en afbakening van het juridisch persoonsbegrip laat voelen. Supiot, wiens boek *Homo Juridicus* volledig is gewijd aan de antropologische functie van het recht, omschrijft die taak van het recht en het persoonsbegrip als volgt:

“Faire de chacun de nous un ‘homo juridicus’ est la manière occidentale de lier les dimensions biologique et symbolique constitutives de l’être humain. Le Droit relie l’infinitude de notre univers mental à la finitude de notre expérience physique et c’est en cela qu’il remplit chez nous une fonction anthropologique d’institution de la raison.”<sup>1880</sup>

Bij deze symbolisering van het menselijk leven spelen ficties en representaties onvermijdelijk een belangrijke rol. Deze *fictions fondatrices*<sup>1881</sup> zijn, zoals reeds benadrukt, fundamenteel anders van aard dan de technische ficties waarvan de Romeinse rechtsgeleerden zich bedienden, en die de basis voor Thomas’ artificialistische benadering van de persoon vormden. Degenen die deze symbolische functie van het recht en het persoonsbegrip onderschrijven, zien het juridisch persoonsbegrip dus weliswaar als een artefact, maar wel dan een artefact waarin het biologische niet wordt weggedacht, maar symbolisch wordt bemiddeld. Wederom in de woorden van Supiot:

“Artefact, la personne juridique l’est, à n’en pas douter. Mais, dans l’univers symbolique qui est le propre de l’homme, tout est artefact. La personnalité juridique n’est certes pas un fait de nature; c’est une certaine représentation de l’homme, qui postule l’unité de sa chair et de son esprit et qui interdit de le réduire à son être biologique ou à son être mental.”<sup>1882</sup>

---

1880 Supiot 2005 p. 10.

1881 Legendre 1999, p. 106.

1882 Supiot 2005, p. 11.

Ook in deze opvatting is het recht een techniek, ofwel een *ars*. Maar waar Thomas het recht als een *technique de dénaturation* beschrijft, beschouwt Supiot het recht als een *technique d'humanisation*.<sup>1883</sup>

Het verschil ligt in de wijze waarop het recht volgens beide benaderingen het biologische tegemoet treedt. Op een ander punt in zijn artikel in *Le Débat* spreekt Thomas over het recht als een *technologie de substitution du social au naturel*.<sup>1884</sup> het natuurlijke moet plaats binnen het recht maken voor het sociale. Volgens de realisten is er daarentegen een wezenlijke taak voor het recht weggelegd om de *relatie* tussen 'le social' en 'le naturel' te conceptualiseren. Het sociale dient vanuit dat perspectief niet het natuurlijke te substitueren, maar het natuurlijke juist te begeleiden. Legendre beschrijft de symbolische functie van het recht daarom in de volgende termen: "La fonction institutionnelle [...] consiste à nouer *dogmatiquement* les trois éléments d'où émerge l'humain (le biologique, le social, le subjectif)."<sup>1885</sup>

De 'fictie' van de menselijke waardigheid speelt een cruciale rol bij deze verbinding van het biologische, sociale en subjectieve. Zo worden op grond van de menselijke waardigheid de biologische banden met de menselijke soort bemiddeld tot een lidmaatschap van de mensengemeenschap met bijbehorende onvervreemdbare rechten. Aan het biologische feit van de geboorte wordt de attributie van rechtssubjectiviteit verbonden. Na de dood blijft het lichaam beschermd in naam van de menselijke waardigheid. Op een breder vlak symboliseert de menselijke waardigheid de eenheid van lichaam en geest. Ook al is het lichaam feitelijk vervreemdbaar en opsplitsbaar geworden, op grond van de menselijke waardigheid blijft het lichaam in het geldende recht in meer of mindere mate met de persoon verbonden. Het lichaam is op grond daarvan geen *viande*, zoals Legendre dat uitdrukt,<sup>1886</sup> het is geen homp vlees, maar heeft een bijzondere status door zijn wezenlijk verbondenheid met een ieders persoon.

Bij Arendt treft men een verwante gedachtegang aan. Haar kritiek is gericht op de reductionistische vooronderstellingen van "the utopian hope that it may be possible to treat men as one treats other 'material'."<sup>1887</sup> Met een vooruitziende blik wijst zij op de mogelijke dehumanisering die wetenschappelijke benaderingen van de mens, zoals de biomedische, met zich mee kan brengen:

"Recent political history is full of examples indicating that the term 'human material' is no harmless metaphor, and the same is true for a whole host of modern scientific experiments in social engineering, biochemistry, brain surgery, etc., all of which tend to treat and change human material like other matter. This mechanistic approach is typical of the modern age; antiquity, when it pursued similar aims, was

<sup>1883</sup> Supiot 2005, p. 184.

<sup>1884</sup> Thomas 1998, p. 103.

<sup>1885</sup> Legendre 1999, p. 115.

<sup>1886</sup> Legendre 1999, p. 114.

<sup>1887</sup> Arendt [1958] 1998, p. 188.

inclined to think men in terms of savage animals who need to be tamed and domesticated. The only possible achievement in either case is to kill man, not indeed as a living organism, but *qua* man.”<sup>1888</sup>

Via het symbolisch-juridische persoonsbegrip wordt tot uitdrukking gebracht dat de mens meer is dan zijn materiële verschijningsvorm. Een dergelijk perspectief is bijzonder vruchtbaar bij de regulering van de medische biotechnologie. Vanuit dit juridische denkkader wordt het mogelijk om de relatie van het recht tot de biologische werkelijkheid te doordenken, zonder te vervallen in biologisch determinisme of slaafse navolging van de wetenschappelijke ontwikkelingen. Als gevolg van de opkomst van de medische biotechnologie is een verbreding van het juridisch domein tot kwesties die het lichaam en het menselijk leven in biologische zin betreffen immers onvermijdelijk geworden, zo is in hoofdstuk 7 naar aanleiding van Latours wetenschapsfilosofie betoogd. “La fonction anthropologique du droit” betreft in deze context daarom vooral de taak van het recht bij het symboliseringsproces van biologische categorieën als het lichaam en het embryo, en grenzen als de dood, de geboorte en het sekse-verschil. Een andere ‘realist’, Bernard Edelman, verwoordt het als volgt:

“Le droit est cette instance privilégiée où une ‘vérité’ rencontre une ‘culture’ et peut-être a-t-il pour fonction ultime de rendre cette vérité culturelle [...] Au nom de quoi choisira-t-il de privilégier la vérité sur la culture ou la culture sur la vérité? La procréation naturelle sur la procréation dite ‘artificielle’? Entre vérité et culture, le droit élabore une *relativité*; cela est, pour moi, indéniable, mais que vaut une relativité?”<sup>1889</sup>

Voor Legendre betekent deze “relativité” in ieder geval dat het recht een noodzakelijke taak bij de symbolische bemiddeling van het menselijke leven heeft te vervullen. Met name aan de hand van de uitdrukking *vitam instituere* uit het Romeinse recht<sup>1890</sup> onderbouwt hij deze stelling.<sup>1891</sup> In het volgende citaat zet hij uiteen wat hij daaronder verstaat:

“Comment concevoir, à notre époque, le rapport entre les constructions juridiques et ce que nous appelons *vie*? Dans cette perspective, que veut dire *instituere*? [...] Il s’agit de fonder la vie, de sorte que les fondements du droit relèveraient en définitive des fondements mêmes de la vie dans l’espèce parlante. Le pouvoir de référer, au moyen de la médiation des catégories juridiques, serait donc, dans cette perspective, l’instrument social essentiel, destiné à faire prévaloir, à travers les

1888 Arendt [1958] 1998, p. 188, noot 15.

1889 Edelman 1999, p. 356.

1890 Legendre verwijst naar Digesten 1,3,2 (Legendre 1999, p. 107).

1891 Zie onder meer Legendre 1999, p. 27, p. 106-107 en p. 117.

générations qui passent et pour le compte de l'espèce, un impératif d'organisation, dont dépendent à la fois, par emboîtements ordonnés, l'aptitude des individus à la vie et la reproduction des agglomérats sociaux. S'il en est ainsi, *instituer* veut dire faire naître les individus une seconde fois et faire des agglomérats sociaux ce que nous appelons les cultures, avec tout ce que cela comporte, largement inventorié et analysé par des disciplines multiples.”<sup>1892</sup>

Met andere woorden, via het recht wordt het menselijk bestaan ingebed in een breder sociaal en cultureel geheel. De manier waarop het recht met zijn categorieën bijdraagt aan dit proces van *vitam instituere*, is via een symbolische bemiddeling van biologische aspecten van het leven. Zoals Legendre schrijft: “la différenciation biologique ne suffit pas à produire le sujet humain et [...] celui-ci exige une différenciation à base de représentation.” Deze representaties, die de mens onttrekken aan het zuiver biologische, liggen mede in het recht besloten. Op die manier maakt ook het recht een ieders subjectwording volgens Legendre mogelijk: “le droit manie les images fondatrices de la subjectivité.” Door zijn symbolische representaties van het menselijk leven en lichaam stelt het recht, als onderdeel van de symbolische orde, de mens in staat de biologische aspecten van zijn leven een plaats en betekenis te geven:

“Que chaque sujet puisse symboliser le rapport biologique de l'individu à l'espèce, c'est-à-dire subisse de façon vivable la loi de différenciation, telle est la finalité des montages juridiques qui font de chaque être humain un être social en l'assignant dans une filiation.”<sup>1893</sup>

Ofwel, ook het recht maakt via zijn symbolische categorieën de humanisering van het menselijk leven in biologische zin mogelijk. In het hiernavolgende zal ik ingaan op twee aspecten van de juridische vormen van *vitam instituere*, ofwel van de antropologische functie van het recht. In 8.7.2 wordt bekeken hoe het recht bijdraagt aan de humanisering van pasgeborenen, een aspect dat Legendre in bovenstaand citaat benadrukt. Vervolgens zullen in 8.7.3 de symboliserende activiteiten van het recht bij de regulering van de medische biotechnologie het centrale thema vormen.

### 8.7.2 De inbedding van pasgeboren leven in de rechtsorde

Nergens is het humaniseringsproces zo letterlijk en duidelijk zichtbaar als in de ontwikkeling van een pasgeboren kind. Meerdere malen is in dit onderzoek aan bod geweest hoe ieder kind eigenlijk twee keer wordt geboren: in biologische en in symbolische zin, *par la chair* en *par la parole*, in de fysieke wereld en in de

---

<sup>1892</sup> Legendre 1999, p. 117.

<sup>1893</sup> Legendre 1999, p. 119.

rechtsorde. Na de geboorte, maar ook reeds daarvoor tot op zekere hoogte, wordt het kind in een systeem van betekenissen ingebed, en krijgt het een plaats toebedeeld in de wereld: het wordt in de familielijn ingevoegd, het krijgt een naam, en wordt via taal en communicatie de wereld binnengeleid. Deze symbolisering vormt de mogelijksvoorwaarde voor de vorming van identiteit en persoonlijkheid van het kind. Het recht draagt eveneens aan de humanisering van het pasgeboren kind bij. In deze paragraaf wordt op de invoeging van het kind in de rechtsorde ingegaan.

Opvallend aan de menswording van het kind is het contrafactische element dat vanaf het begin daarbij een noodzakelijke rol vervult. In de opvoeding van een kind lopen de ouders onvermijdelijk enigszins vooruit op de zaken. Ook wanneer het kind nog niet kan praten, zich nog niet van zichzelf of zijn relatie tot anderen bewust is, niet zelfstandig kan nadenken, of aanspreekbaar is op zijn gedrag, benadert zijn directe omgeving hem of haar alsof dat wel het geval is. Zoals Den Hartogh terecht stelt: “In het normale patroon van interactie tussen mensen en baby’s wordt de ontologische status van de baby’s [...] systematisch overschat.”<sup>1894</sup> In het contact met het kind gaan we er vanuit dat het kind deze stadia van ontwikkeling vroeg of laat zal bereiken. Die verwachting kleurt onze omgang met hem of haar reeds voordat die eigenschappen aanwezig zijn. Sterker nog, juist door het kind bij voorbaat tegemoet te treden *alsof* het reeds die eigenschappen bezit, zullen die eigenschappen zich ook *daadwerkelijk* kunnen ontwikkelen. Volgens Den Hartogh vloeien het *anticiperende* en het *reële* element daarom van meet af aan in elkaar over in de omgang met een kind of baby:

“Elk levensverhaal begint met een acte waarin anderen prominenter aanwezig zijn dan de hoofdpersoon. Ook van een pasgeboren baby is de moeder, en niet alleen zij, eigenlijk nog steeds ‘in verwachting’. Toch is er een hoofdpersoon. [...] In het begin verhoudt het [kind] zich nog alleen tot ‘dingen’, niet tot anderen of tot zichzelf. Het ‘subjectief gezichtspunt’ is iets dat zich in complexiteit en in het vermogen tot abstractie van het hier-en-nu geleidelijk ontwikkelt. Maar het is onmogelijk precies aan te geven wat er verandert en wanneer, en om het te laten veranderen, is de interactie essentieel. Er moet met dat kind gespeeld worden, er moet tegen gepraat, gelachen en gemopperd worden. Dat praten verschilt van praten tegen een pop, omdat de vervlochtenheid tussen levensverhalen die daarmee tot stand komt na enige tijd reëel, dat wil zeggen, wederkerig blijkt te zijn. Je zou er niet mee kunnen beginnen op het moment dat je zeker weet dat het reëel *is*, want dan begint het niet. Het element van anticipatie is dus om te beginnen overheersend, maar het is van meet af meer dan fictie. Allereerst is er steeds al een reële interactie die alleen geleidelijk van karakter verandert, en ten tweede verandert het karakter van die interactie juist door het anticiperend gedrag. Het anticiperende en het reële element

<sup>1894</sup> Den Hartogh 1993, p. 24-25.

zijn zodoende onontwarbaar verknoopt, niemand kan ze op enig moment exact onderscheiden.”<sup>1895</sup>

In navolging van filosofisch-antropoloog De Boer zouden we in dat verband van een *contrafactische anticipatie* kunnen spreken als cruciale factor in de humanisering van het kind. Deze term gebruikt De Boer in zijn *Grondslagen van een kritische psychologie* om een antwoord te formuleren op de vraag wat er antropologisch wordt voorondersteld wanneer twee mensen een gesprek voeren. Tot deze zogenaamde postulaten van de dialoog rekent hij intentionaliteit, integriteit, rationaliteit, uniciteit en authenticiteit. Zo gaan we er in een gesprek vanuit dat de ander iets *zegt*, en niet slechts zinloze klanken uitstoot (intentionaliteit), veronderstellen we dat de gesprekspartner normaliter meent wat hij zegt (integriteit), en rekenen we erop dat hij bereid is rekenschap af te leggen van zijn handelen (rationaliteit). Het zijn vooronderstellingen “die we moeten maken wil er van een echte dialoog en communicatieve praxis sprake zijn”.<sup>1896</sup>

Van belang voor dit onderzoek is dat deze postulaten contrafactisch gelden: zij gelden ook wanneer er feitelijk niet aan de postulaten wordt voldaan. In het gesprek staat men niet altijd achter wat men heeft gezegd, wordt er soms gelogen, kan men ‘afwezig’ zijn en spelen onbedoelde beweringen mede een rol. In dergelijke gevallen doen we desondanks *alsof* er wel aan de postulaten is voldaan. Dit ‘alsof’ is meer dan een willekeurige fictie: de postulaten zijn noodzakelijk voor een zinnig gesprek. De Boer beschrijft contrafactische principes in navolging van Habermas als “principes die we moeten vóór-onderstellen, maar die tegelijk vragen om verwerkelijking”.<sup>1897</sup> Het zijn dus principes die reeds werkzaam zijn, en tegelijkertijd nog moeten worden gerealiseerd. De Muls uitleg van De Boers uitdrukking is wellicht duidelijker: “Bij een ‘contrafactische anticipatie’ [...] lopen we vooruit op iets dat nog geen feit (d.w.z. *contrafactisch*) is, maar dat juist (of ten minste mede) door de verwachting in het leven wordt geroepen”.<sup>1898</sup>

De postulaten van de dialoog zijn mede van belang omdat zij de geleefde werkelijkheid van de mens blootleggen. De ‘open’, contrafactische structuur van het gesprek hangt samen met de open zijnswijze van de mens. De Boer legt een verband tussen de raadselachtige, contrafactische structuur van het gesprek, en “het raadsel dat de mens zelf is”.<sup>1899</sup> De mens is niet een zijnde, maar ‘een verlangen te zijn’, zo luidt een bekende wijsheid van de filosofische antropologie. De mens is nooit helemaal ‘af’. Op dezelfde manier vloeit uit de symbolische zijnswijze

1895 Den Hartogh 1993, p. 24-25.

1896 Th. de Boer, *Grondslagen van een kritische psychologie*, Ambo: Baarn 1980, p. 86.

1897 De Boer 1980, p. 101.

1898 J. de Mul, *De domesticatie van het noodlot*, Kampen: Klement 2006, p. 232.

1899 De Boer 1980, p. 105.

van de mens voort dat het menselijk bestaan vervlochten is met ficties.<sup>1900</sup> Via de contrafactische anticipatie die in ieder gesprek werkzaam is, stelt De Boer,

“wordt iemand aangesproken op wat hij nog niet (volledig) is. Met zou kunnen zeggen dat het beginsel van de intentionaliteit meebrengt dat ik om te beginnen altijd ‘het beste denk’ van mijn medemens. Dat moet dan echter niet ethisch (in engere zin), maar antropologisch begrepen worden. Anders gezegd: het is een hoministisch en niet een humanistisch beginsel. De postulaten van de dialoog houden het ‘ontologische’ appel in: ‘Word die je kunt zijn’. [...] ‘Word die je kunt zijn’ betekent ook: ‘Word die je *bent*’.”<sup>1901</sup>

De contrafacticeit, en het menselijk streven om te worden die je bent, zien we goed terug in de manier waarop ouders hun kind opvoeden. Het ligt voor de hand dat het vooral blijkt uit onze communicatie met baby's: we spreken een baby toe alsof hij onze woorden begrijpt. Maar juist door dat te doen, zal het kind op een dag daadwerkelijk in staat zijn ons te begrijpen, en ook zichzelf verstaanbaar te maken. Op breder vlak gaat het om de algehele persoon-wording van kinderen. De Mul noemt het voorbeeld dat men “bij kinderen appelleert aan een verantwoordelijkheidsbesef dat er nog niet (volledig) is, maar dat mede door dit appèl wordt bevorderd”.<sup>1902</sup>

De gedachte van contrafactische anticipatie sluit mooi aan bij bovenstaande beschouwingen van Den Hartogh over pasgeborenen. Zijn ethische beschouwingen zijn mede relevant voor reflectie over de juridische status van baby's. Evenals in de ethiek wordt in het recht “de ontologische status van de baby's systematisch overschat.” De juridische status van baby's is gelijk aan de status van volwassenen, ook al zijn baby's niet aanspreekbaar op hun gedrag en is er geen sprake van vrije wilsvorming, laat staan van het vermogen om rechtsbetrekkingen aan te knopen. Weliswaar is de handelingsbekwaamheid van minderjarigen beperkt (artikel 1:234 BW), maar dat doet niet af aan het feit dat een ieder meteen vanaf de geboorte wordt beschermd als volwaardige juridische persoon: men is rechts-subject, en wordt als menselijke persoon met onvervreemdbare rechten erkend. Die bescherming werkt in het geval van de infans conceptus-fictie van artikel 1:2 BW bovendien terug tot voor de geboorte.

Om meerdere redenen sluit een benadering die uitsluitend de feitelijke eigenschappen van de pasgeborene tot uitgangspunt neemt niet bij het geldende recht aan. Waar een dergelijke aanpak in zou uitmonden, wordt duidelijk in Singers werk. Volgens Singer bevindt de pasgeborene zich op het ontwikkelingsniveau

1900 Zoals Vaihinger op indrukwekkende wijze heeft laten zien door zijn gedachtevorming over de rol van ficties in het menselijk bestaan (H. Vaihinger [1911], *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Leipzig: Felix Meiner 1922).

1901 De Boer 1980, p. 104.

1902 De Mul 2006, p. 232.



van een vis of van een varken, en heeft het om die reden geen recht op leven.<sup>1903</sup> Dat betekent volgens hem niet dat we meteen zo maar alles zouden mogen doen met pasgeborenen: als een soort huisdieren moeten baby's goed worden verzorgd, gevoed en beschermd tegen pijn. Maar net als huisdieren hebben pasgeborenen volgens hem geen recht op leven, aangezien "eigenschappen als rationaliteit, autonomie, en zelfbewustzijn"<sup>1904</sup> ontbreken. Er is dan ook geen reden een pasgeboren kind beter te behandelen dan een ongeboren kind: "Menselijke baby's zijn zich bij de geboorte niet bewust van zichzelf of in staat zichzelf te begrijpen als een eenheid met een verleden en een toekomst. Zij zijn geen personen. Het is dan ook niet zo dat hun leven meer betekent dan het leven van de ongeborene."<sup>1905</sup> Ter verzachting stelt Singer: "Als deze conclusies te schokkend lijken om ernstig genomen te worden, is het misschien de moeite waard om je te herinneren dat onze huidige absolute bescherming van het leven van baby's een puur christelijke houding is en geen universele ethische waarde."<sup>1906</sup> En vervolgens geeft hij tal van voorbeelden van plaatsen en tijden waarin infanticide een geoorloofde praktijk was.

Of Singer moreel gezien nu het gelijk aan zijn kant heeft of niet, voorop staat dat zijn statutetheorie ons niet in staat stelt de juridische praktijk te analyseren en te verklaren. Dat blijkt alleen al uit het gegeven dat geheel in strijd met zijn benadering in het recht dieren als zaken worden opgevat, en pasgeborenen als personen. Het voornaamste probleem van zijn eigenschap-gerichte invalshoek is dat het compleet voorbij gaat aan de culturele en "relationele betekenis", zoals Den Hartogh dat noemt, die aan pasgeborenen in de huidige samenleving en ook in het recht, toekomt. De ethische en juridische status van baby's berust niet op hun feitelijke vermogens, maar vloeit voort uit het symbolische en fictieve mensbeeld dat door de menselijke waardigheid wordt voorondersteld. Op basis van dat mensbeeld beschermt het recht het kind als menselijke persoon vanaf het moment dat het geboren is. Zoals Legendre het uitdrukt: "Les montages institutionnels anticipent sur la construction subjective de l'individu en lui donnant *ab initio*, selon l'expression juridique transmise à l'Occident par le droit romain, statut de *personne* (*persona*)."<sup>1907</sup> Ofwel, via de onmiddellijke attributie van juridische persoonlijkheid wordt *geanticipeerd* op de subjectwording van het kind.

Singer heeft gelijk dat de geboortegrens willekeurig is als we slechts de feitelijke ontwikkeling van het kind in ogenschouw nemen. De biologische staat van het kind na de geboorte is immers niet wezenlijk anders dan voor de geboorte. Wat er echter wel verandert met de geboorte is dat het kind vanaf dat moment de

1903 "Pasgeborenen noch vissen zijn personen, en het doden van deze wezens is dan ook minder erg dan het doden van personen" (P. Singer, *Een ethisch leven*, Utrecht: Het Spectrum 2001, p. 297 (uit: "In plaats van de oude ethiek", oorspronkelijk verschenen in *Rethinking life and death*).

1904 Singer 2001, p. 240 (uit: "Rechtvaardiging van infanticide", oorspronkelijk verschenen in *Practical ethics*).

1905 Singer 2001, p. 288.

1906 Singer 2001, p. 213 (uit: "Euthanasie: het embryo en de foetus", oorspronkelijk verschenen in *Practical ethics*).

1907 Legendre 1999, p. 31.

“publieke ruimte” betreedt, zo stelt Den Hartogh,<sup>1908</sup> of “the common world”, zou Arendt zeggen. Bij die intrede wordt het kind een concreet individu: we kunnen het kind niet alleen zien, aanraken en verzorgen, maar ook met hem of haar spelen, praten, meeleven en een band opbouwen. Het is niet zonder reden dat ouders hun kind veelal pas na de geboorte een naam geven. Het gevolg is dat het kind, meer dan voor zijn geboorte, deel van de omgangsvormen wordt waaraan mensen hun morele status hebben te danken.

De juridische positie van het pasgeboren kind hangt op die manier samen met de bestaande culturele patronen die de interactie met baby's bepalen. Dat betekent mede dat de concrete status van de pasgeborene niet volledig afhankelijk is van de feitelijke aard van de relaties waarin het zich bevindt. Anders zou een baby naarmate het meer of minder wordt bemind, een hogere of lagere status toekomen. Deze relaties zijn voorgestructureerd door culturele patronen, en het zijn die patronen die doorslaggevend zijn bij de statusbepaling van pasgeborenen.<sup>1909</sup> Den Hartogh drukt het als volgt uit:

“De feitelijke gevoelens van mensen kunnen de waarde van een individu niet bepalen, want die waarde heeft voor die gevoelens juist normerende kracht. [...] De vormgeving van relaties tussen mensen [volgt] voorgegeven patronen [...], ‘levensvormen’, die zowel biologisch als cultureel verankerd zijn. Relatieve betekenis komt niet telkens opnieuw tot stand in de feitelijke interactie tussen mensen en elk nieuw menskind, maar door de gehele reeks van zulke interacties, die voor elk nieuw geval bepalend zijn.”<sup>1910</sup>

Dit onderliggende patroon van betekenissen, deze “levensvormen”, werken door in het recht, en maken deel uit van zijn symbolische dimensie. Het resultaat is dat in het recht een contrafactische benadering van de pasgeborene wordt gehanteerd. Via de onmiddellijke attributie van juridische persoonlijkheid aan het kind na de geboorte wordt uitgedrukt dat mensen, en al helemaal aan het begin van hun levenswandel, geen statische gegevens zijn, maar zich ontwikkelen en persoon worden in relaties met anderen.

Op die manier vervult ook het recht een belangrijke functie bij de humanisering en persoonwording van nieuw leven. De volgende, veel geciteerde woorden van Arendt over de taak van het recht in “the common world” bieden daartoe een aanknopingspunt. Strikt genomen gaat het citaat over de relatie van het recht tot de publieke sfeer van het handelen en spreken. Maar haar woorden kunnen even-

---

1908 Den Hartogh 1993, p. 25.

1909 Zie ook over de relationele betekenis van het embryo en pasgeborenen 4.2.3.

1910 Den Hartogh 1993, p. 25.

eens als een inspiratiebron worden opgevat voor het denken over de juridische status van de pasgeborene:

“Positive laws in constitutional government are designed to erect boundaries and establish channels of communication between men whose community is continually endangered by the new men born into it. With each new birth, a new beginning is born into this world, a new world has potentially come into being. The stability of the laws corresponds to the constant motion of all human affairs, a motion which can never end as long as men are born and die. The laws hedge in each new beginning and at the same time assure its freedom of movement, the potentiality of something entirely new and unpredictable; the boundaries of positive laws are for the political existence of man what memory is for the historical existence: they guarantee the pre-existence of a common world, the reality of some continuity which transcends the individual life span of each generation, absorbs all new origins and is nourished by them.”<sup>1911</sup>

De functie die aan het recht in dit citaat wordt toegeschreven is niet zozeer het bewaken van orde en rust in de samenleving. De rechtsorde functioneert hier veeleer als een supra-individueel, transcendent kader, dat het mogelijk moet maken een ieder een plaats in de samenleving te geven, en nieuw leven binnen te leiden in een voorgegeven en voortbestaande wereld. De Franse juristen die de antropologische functie van het recht centraal stellen in hun werk, passen deze visie in hun gedachtevorming toe. De attributie van juridische persoonlijkheid vormt voor hen daarbij de kern van die humaniserende functie. Zoals Supiot stelt, is de subjectwording van de pasgeborene via het recht zo basaal dat het nog plaats vindt voordat het kind subject wordt via de taal: “Avant même d’accéder par l’hétéronomie du langage à l’autonomie de la parole, l’être humain accède ainsi par l’hétéronomie de la loi à la qualité de sujet de droit.”<sup>1912</sup>

Een concrete manier waarop we het proces van menswording van het kind in het recht terug zien is in het afstammingsrecht. Dit deel van het recht vormt een heel letterlijk voorbeeld van de wijze waarop “the laws hedge in each new beginning”: het recht wijst het kind een plaats toe in de familielijnen, wijst de mensen aan die voor het kind zorg moeten dragen, geeft het kind een familienaam, en maakt het kind op die manier al vanaf zijn geboorte onderdeel van een groter geheel dat bepalend zal zijn voor zijn identiteit.

Ook al is het systeem aan verandering onderhevig, de familiale verwantschap kan worden beschouwd als “de eerste institutie waaraan de mens zich heeft onderworpen [...], de ‘kiemcel van de cultuur’ volgens Freud”,<sup>1913</sup> zo schrijft Pes-

---

1911 Arendt [1951] 1962, p. 465.

1912 Supiot 2005, p. 59.

1913 Pessers 2003b, p. 22.

sers. Zij verwoordt de inbedding van nieuw leven in de bestaande orde via het verwantschapssysteem als volgt:

“De symbolische orde van de familiale verwantschap [...] is altijd een hybride combinatie van natuur en cultuur geweest, erop gericht om mannen, vrouwen en hun kinderen als familie bijeen te brengen. Het kind wordt niet alleen gezien als de belichaming van de seksuele en culturele band tussen zijn ouders, maar ook als de belichaming van de genealogische duurzaamheid van de familie. Het kind wordt ingebed in lange familielijnen, komend vanuit het verleden en wijzend naar de toekomst. Dankzij deze inbedding in een gemeenschap van doden en levenden wordt het kind geboren in een familieverhaal en in een familiegeschiedenis, waaraan het zijn primaire identiteit ontleent.”<sup>1914</sup>

De juridische afstammingsregeling vormt dan ook de weerslag van het bestaande systeem van de familiale verwantschap, dat in zijn grondtrekken teruggaat tot de eerste beschavingen, nog voordat de eerste rechtssystemen het licht hadden gezien.

Het systeem is recentelijk nogal in beweging. Parallel aan de ontwikkelingen op het gebied van kunstmatige voortplanting is er de laatste jaren veel gesleuteld aan het afstammingsrecht. Als gevolg van de nieuwe voortplantingstechnieken zijn er mogelijkheden ontstaan voor nieuwe gezinsvormen en familieverbanden. Deze nieuwe verhoudingen vragen om hun eigen symbolisering. Met andere woorden, een resymbolisering van het familierecht<sup>1915</sup> is geboden. Bij gebreke aan een passend kader waar men op kan terugvallen, komt aan de symbolische orde van het recht zelfs een beslissende rol toe bij deze symbolisering. Desondanks lijkt het recht deze symboliserende taak niet van harte op zich te nemen. Het zelfbeschikkingsrecht is ook op dit terrein van het recht steeds dominanter aan het worden, met als resultaat dat het familierecht gaat lijken op een “gereedschapskist waarmee burgers – mede dankzij de medische biotechnologie – hun eigen verwantschapsrelaties en stambomen in elkaar kunnen knutselen”. Pessers wijst erop dat daarmee van “de institutionaliserende en symbolische functie”<sup>1916</sup> van het familierecht weinig over dreigt te blijven. Volgens haar is er dan ook in het familierecht sprake van een desymboliseringstendens, die met name voor vaders en kinderen nadelig uitpakt.<sup>1917</sup>

Hoewel niet kan worden ontkend dat juristen als Supiot en Legendre de symbolische dimensie van het recht in hun werk op indrukwekkende wijze hebben blootgelegd, schieten zij in sommige gevallen door in hun beschrijving van de

---

1914 Pessers 2003b, p. 58-59.

1915 Zie over deze resymbolisering van het familierecht, Pessers 2003b, p. 66 e.v.

1916 Pessers 2003b, p. 12.

1917 Zie met name D. Pessers 2003c. Zie ook Pessers 2003b, p. 67.

antropologische functie van het recht. Zo lijken zij het recht als het enige betekenisstelsel in het Westen te beschouwen dat in staat is het biologische en sociale met elkaar in een zinvol verband te brengen, of om de mens te humaniseren. In Supiot's woorden: "le droit est le dernier lieu où la dogmatique est encore en scène."<sup>1918</sup> Ook de titel van Supiot's boek over de antropologische functie van het recht, *Homo Juridicus*, laat zich tegen deze achtergrond begrijpen. Volgens hem is de erkenning van een ieder als *homo juridicus* niet minder dan dé westerse manier om de biologische en de symbolische dimensie van het bestaan met elkaar te verbinden.<sup>1919</sup> De invloed van Legendres gedachtegoed is daarbij goed zichtbaar. Gezien de institutionele dimensie van het menselijk bestaan zijn we volgens Legendre uiteindelijk op het burgerlijk recht aangewezen voor een ieders identiteitsvorming. Daarmee lijkt Legendre zo ongeveer het hele humaniserings- en civiliseringsproces van de mens in handen van de jurist te leggen: "La fonction institutionnelle est en Occident remise au mains expertes du juriste; elle consiste à nouer dogmatiquement les trois éléments d'où émerge l'humain (le biologique, le social, le subjectif, inconscient compris)."<sup>1920</sup> Legendres enigszins gezwollen benaming voor de jurist in deze hoedanigheid is *Artiste de la Raison*.<sup>1921</sup>

Met andere woorden, Legendre en Supiot blazen het recht op tot een systeem van gigantische proporties. Het recht is in hun optiek niet alleen verantwoordelijk voor het psychisch welzijn van het individu, maar zelfs het beschavingsniveau van de samenleving. Zij gaan er daarbij aan voorbij dat het recht in veel gevallen de weerspiegeling vormt van andere betekenissystemen. Zo kwam in deze paragraaf aan bod dat het afstammingsrecht een reflectie vormt van een verwantschapssysteem dat lange tijd heeft bestaan zonder enige juridische interventie. Om dan vervolgens het humaniseringsproces van de pasgeborene uitsluitend in het recht te localiseren, vormt een misleidende voorstelling van zaken.

Het recht en de jurist hebben bovendien ook banalere functies dan symbolisering, zoals het handhaven van orde, of de juridificatie van beleidsregels. Daarnaast heeft het verleden getoond hoe onder totalitaire regimes de juridische persoonlijkheid van iedere symbolische connotatie kan worden gestript. Om die reden heb ik in tegenstelling tot deze juristen een onderscheid gemaakt tussen drie juridische persoonsbegrippen en mensbeelden, in plaats van te trachten de verschillende facetten terug te brengen tot één overkoepelend symbolisch per-

1918 Supiot 2001, p. 165. In andere passages beschrijft hij het recht echter weer als een symbolische orde temidden van andere symbolische ordes: "La langue, la coutume, la religion, la loi, le rite sont autant de normes fondatrices de l'être humain qui, ainsi assuré d'un ordre existant, pourra y inscrire son action, fût-elle contestatrice" (Supiot 2005, p. 41).

1919 Supiot 2005, p. 10. Zie verder Supiot 2005, p. 108.

1920 Legendre 1999, p. 115.

1921 Zie de titel van een artikel van Legendre (P. Legendre, "Artiste de la Raison. Remarques sur la Fonction Structurale du Juriste", in: F. Fleerackers, E. van Leeuwen en B. van Roermund (red.), *Law, life and the images of man. Modes of thought in modern legal theory* (Festschrift for Jan M. Broekman), Berlijn: Duncker & Humblot 1996, p. 551-559).

soonsbegrip. Op deze kritiek zal ik in de slotparagraaf van dit hoofdstuk nog uitgebreider ingaan.

Interessant genoeg gaat deze kritiek op Legendre en Supiot in veel mindere mate op voor de functie van het recht bij de symbolisering van nieuwe biomedische hybriden, zoals in de volgende paragraaf zal blijken. We zagen reeds kort dat het recht ten gevolge van de medische biotechnologie van steeds groter belang wordt bij de symbolisering van nieuwe vormen van verwantschap. Op breder vlak kan worden gesproken van een centrale rol van het recht bij de symbolisering van de nieuwe entiteiten, relaties en vermengingen die de medische biotechnologie tot stand brengt. Sinds de postmoderne verbroekeling van overkoepelende betekenisystemen, is het vooral de symbolische orde van het recht die deze ontwikkelingen van een maatschappelijke en culturele betekenis en duiding voorziet.

### 8.7.3 *De symbolisch-juridische bemiddeling van nieuwe biomedische hybriden*

Het staat buiten twijfel dat de opkomst van biomedische technieken grootschalige gevolgen heeft gehad en nog zal hebben voor de manier waarop we naar lichaam en leven kijken. De biomedische technieken hebben nieuwe vormen van menselijk leven tot stand gebracht, die de bestaande kwalificaties en symbolische voorstellingen volledig te buiten gaan. Het hersendode lichaam dat nog ademt en pulseert, het rest-embryo dat in de vrieskist een bestemming afwacht, het menselijk orgaan dat sinds de praktijk van orgaandonatie niet langer aan één lichaam is verbonden, het embryo dat speciaal voor wetenschappelijke doeleinden is gecreëerd, en de menselijke stamcel die nog alle vormen kan aannemen, zijn enkele voorbeelden van de hybriden die de biomedische wetenschap de afgelopen decennia tot stand heeft gebracht. Deze hybriden maken deel uit van een grijs gebied tussen leven en dood, subject en object, en persoon en lichaam. De grenzen die het begin en einde van de menselijke persoon en het menselijk leven markeren zijn als gevolg diffuus geworden, en vragen om heroverweging en nieuwe legitiematie. Anders gezegd, de traditionele representaties van lichaam, leven, dood en geboorte zijn in deze gevallen niet meer in staat de werkelijkheid op bevredigende wijze te dekken. Men zou zelfs kunnen stellen dat de controverses rondom de biomedische technieken hun basis vinden in de moeilijkheid om de creaties van deze technieken een plaats te geven in de bestaande betekenisssystemen.

Reeds in *The Human Condition* wees Arendt op de complicaties waarmee de medische biotechnologie bestaande betekenisssystemen zou gaan confronteren. In de proloog plaatst Arendt haar filosofie van het menselijk handelen tegen de achtergrond van toekomstige, wetenschappelijke ontwikkelingen, waaronder “the scientific endeavors [...] toward making life also ‘artificial’”.<sup>1922</sup> Als voorbeelden

---

<sup>1922</sup> Arendt [1958] 1998, p. 2.

noemt ze reageerbuisbevruchtingen, genetische manipulatie en de verlenging van het leven.<sup>1923</sup> In een dergelijke toekomst wordt de mens gedreven door “a rebellion against human existence as it has been given, a free gift from nowhere (secularly speaking), which he wishes to exchange, as it were, for something he has made himself”. Vervolgens wijst Arendt erop dat de vraag hoe wij met deze technologie omgaan geen wetenschappelijke aangelegenheid is, maar “a political question of the first order”. De politieke besluitvorming op dit terrein wordt echter bemoeilijkt door het gebrek aan een passend vocabulaire om de feiten en creaties waarvoor de wetenschap ons plaatst te benoemen, zo stelt ook zij:

“The trouble concerns the fact that the ‘truths’ of the modern scientific world view, though they can be demonstrated in mathematical formulas and proved technologically, will no longer lend themselves to normal expression in speech and thought. The moment these truths are spoken of conceptually and coherently, the resulting statements will be ‘not perhaps as meaningless as a “triangular circle,” but much more so than a “winged lion”’ (Erwin Schrödinger). We do not yet know whether this situation is final. But it could be that we [...] will forever be unable to understand, that is, to think and speak about the things which nevertheless we are able to do. [...] If it should turn out to be true that knowledge (in the modern sense of know-how) and thought have parted company for good, then we would indeed become the helpless slaves, not so much of our machines as of our know-how, thoughtless creatures at the mercy of every gadget which is technically possible, no matter how murderous it is.”<sup>1924</sup>

Met andere woorden, de ‘waarheden’ en creaties die de moderne wetenschap produceert gaan aan de bestaande categorieën van ons denken en spreken voorbij. De beschikbare representaties en begrippen schieten tekort. Maar wanneer men niet over deze ontwikkelingen kan spreken, is het evenmin mogelijk deze ontwikkelingen van een betekenis te voorzien, zo stelt Arendt, laat staan deze te sturen. Daarmee staat uiteindelijk het lot van ons politieke bestaan op het spel, betoogt Arendt in de volgende passage:

“Even apart from these last and yet uncertain consequences, the situation created by the sciences is of great political significance. Wherever the relevance of speech is at stake, matters become political by definition, for speech is what makes a man a political being. [...] The reason why it may be wise to distrust the political judgment of scientists *qua* scientists is [...] precisely the fact that they move in a world where

1923 In haar eigen woorden is de artificialisering van menselijk leven “manifest in the attempt to create life in the test tube, in the desire to mix frozen germ plasm from people of demonstrated ability under the microscope to produce superior human beings” and “to alter [their] size, shape and function”; [...] the wish to escape the human condition, I suspect, also underlies the hope to extend man’s life-span far beyond the hundred-year limit” (Arendt [1958] 1998, p. 2).

1924 Arendt [1958] 1998, p. 3.

speech has lost its power. And whatever men do or know or experience can make sense only to the extent that it can be spoken about. There may be truths beyond speech, and they may be of great relevance to man in the singular, that is, to man in so far as he is not a political being, whatever else he may be. Men in the plural, that is, men in so far as they live and move and act in this world, can experience meaningfulness only because they can talk with and make sense to each other and to themselves.”<sup>1925</sup>

Arendts voorspellingen blijken gelukkig te pessimistisch te zijn geweest. We zijn niet geheel ‘sprakeloos’<sup>1926</sup> in het publieke discours over de medische biotechnologie. Alleen al de discussies, het beleid en de wetgeving waarin deze technologie heeft geresulteerd, getuigen van het tegendeel. Toch bevatten haar woorden een kern van waarheid. Een van de belangrijkste redenen dat de politieke besluitvorming over de medische biotechnologie zo stroef verloopt, is inderdaad dat deze technologie nauwelijks vanuit de beschikbare denkkaders kan worden geduid. De biomedische technieken laten zich slecht naar de bestaande onderscheidingen en categorieën vertalen. Tegelijkertijd zijn de meesten het erover eens dat er met deze technologie dermate cruciale aspecten van het menselijk bestaan op het spel staan, dat regulering vereist is. Kortom, voor de politieke sturing van de biomedische ontwikkelingen is het noodzakelijk een taal te ontwikkelen waarin de nieuwe biomedische feiten en entiteiten kunnen worden geduid en van een betekenis voorzien. Dat herinnert aan Van Asperens oproep tot de ontwikkeling van een seculier vocabulaire voor de thematisering van zingevingsvragen, die immers ook door de toepassing van deze technieken op het menselijk leven worden opgeroepen.<sup>1927</sup>

In de praktijk blijkt het vooral in de context van het recht te zijn dat deze nieuwe taal tot ontwikkeling wordt gebracht. Bij gebreke aan een passend vocabulaire, en door de dringende noodzaak tot regulering, krijgt het recht in toenemende mate een centrale rol toebedeeld bij de symbolisering en vertaling van de mengvormen die de medische biotechnologie totstandbrengt. In een andere tijd was het recht wellicht eerder de afspiegeling van de dominante betekenisystemen geweest. In deze tijd daarentegen begint het recht, mede door het verval van gemeenschappelijke zingevingskaders, onvermijdelijk een beslissende factor in het symboliseringsproces van deze hybriden te worden. Je zou in dat verband van een juridisering, en daarmee ook secularisering, van symboliseringsprocessen kunnen spreken. Zoals Lhuillier het formuleert:

1925 Arendt [1958] 1998, p. 3-4.

1926 Zoals Van Asperen het formuleert (Van Asperen 1993, p. 86).

1927 Zie 8.4.2.



“Si les symboles permettent l’institution de ‘notre lien d’humains avec l’espèce’, ce sont concrètement aujourd’hui les systèmes juridiques et non plus les systèmes théologiques qui prédisent l’avenir symbolique des générations à venir. Les systèmes juridiques exercent en effet ce pouvoir de poser et d’interpréter les catégories de droit en son noyau généalogique, c’est-à-dire ces catégories fondamentales que sont la personne, la famille, le corps. Ce sont les systèmes juridiques qui instituent en effet ‘les procédures d’humanisation’, qui permettent ‘le portage des générations successives’.”<sup>1928</sup>

Dat het recht van beslissende betekenis is in het symboliseringsproces van de biomedische praktijk, blijkt uit de mate waarin het recht onze beleving van die praktijk beïnvloedt. Als het erop aankomt, wordt in het recht bepaald wanneer er sprake is van leven of dood, persoon of zaak, menselijke persoon of “menselijk leven” (zie de Embryowet) en man of vrouw (zie met name 7.3), hetgeen effect heeft op onze perceptie van de werkelijkheid. Natuurlijk wordt het recht bij deze symbolisering in belangrijke mate geleid door andere betekenissystemen. Het totstandbrengen van het *imaginaire social*, van nieuwe ficties en passende representaties, is iets waar de samenleving, de politiek, de medische wetenschap, de ethici, etc. aan bijdragen. Wanneer deze betekenissystemen echter in verschillende richtingen wijzen, hetgeen in biomedische kwesties veelal het geval is, is het recht bepalend. Anders gezegd, het recht vervult in deze kwesties eerder een “constitutieve” dan een “interpreterende” functie, om bij een onderscheid aan te haken dat Glendon hanteert in een rechtsvergelijkend werk over abortus- en echtscheidingswetgeving. Ze doelt hiermee op het volgende:

“Law is interpretive when it is engaged in converting social facts to legal data and systematically summarizing them in legal language. [...] Law is constitutive when legal language and legal concepts begin to affect ordinary language and to influence the manner in which we perceive reality. As White has put it, law is ‘an element in the perpetual remaking of the language and the culture that determines ... who we are’ as individuals and as a society.”<sup>1929</sup>

De hedendaagse gestalten van het embryo vormen een goede illustratie van deze constitutieve functie van het recht. Tot voor kort was het embryo in zekere zin ‘ondergerepresenteerd’ in onze cultuur, om een term te gebruiken die Boltanski hanteert in zijn *La condition foetale*. Hij spreekt daar van een *sous-représentation de l’avortement* en, meer algemeen, van de foetus, die hij als volgt beschrijft:

---

1928 Lhuillier 2004, p. 16-17.

1929 M.A. Glendon, *Abortion and divorce in western law. American failures, European challenges*, Cambridge: Harvard University Press 1987, p. 9.

“[La] sous-représentation de l’avortement doit sans doute être rattachée à un ordre de faits plus général qui concerne la quasi-absence, jusqu’à une période récente [...], du fœtus dans le champ des rapports sociaux où sont présents non seulement des êtres humains actuels, mais aussi, selon les cas, des morts, des animaux ou des plantes, des êtres surnaturels, voire des êtres à venir, etc. [...] Le fœtus n’était pas, jusqu’à une époque récente, reconnu comme un être doté d’une identité spécifique et valant pour lui-même, comme en témoignent notamment la pauvreté de sa représentation, le caractère limité du corpus juridique le concernant, ou encore la quasi-absence de rituels accompagnant, en cas de fausse couche spontanée ou [...] suscitée, sa sortie du monde des vivants pour celui des morts.”<sup>1930</sup>

Het embryo was traditioneel ‘de grote onbekende’, en was daardoor ook groten-deels afwezig in de symbolische orde. Met name de exteriorisatie van de zwangerschap, ten gevolge van technieken als prenatale diagnostiek en IVF, heeft daarin verandering gebracht. Door de visualisering van het embryo met behulp van prenatale diagnostiek, en de mogelijkheden om embryo’s buiten de baarmoeder in leven te houden, is het embryo meer dan voorheen deel van onze beleavingswereld geworden. Een van de gevolgen daarvan was dat de noodzaak ontstond een vocabulaire te ontwikkelen voor deze ‘nieuwe’ entiteiten. Dat vocabulaire is bij gebreke aan overeenstemming in bijvoorbeeld de ethiek of geneeskunde voor een belangrijk deel in het recht tot stand gebracht. De wetgever heeft daarbij niet alleen bestaande representaties gevolgd, maar noodgedwongen ook zelf actief aan de beeldvorming bijgedragen.

Dat de juridische symbolisering van het embryo geen gemakkelijke opgave is geweest, blijkt uit de veelheid aan juridische categorieën en subcategorieën die de wetgever in het leven heeft geroepen om de realiteit omtrent het embryo gestalte te geven. De moeilijkheid is er voor een belangrijk deel in gelegen dat de noodzaak tot symbolisering veelal botst met de behoefte van de biomedische praktijk aan digitale onderscheidingen. In zijn hoedanigheid van digitaliseringstechniek dient het recht harde en eenduidige grenzen te verschaffen, zoals tussen leven en dood, persoon en zaak en man en vrouw. Tegelijkertijd kan het recht zich bij het trekken van deze grenzen niet langer verschuilen achter voorgegeven, bestaande grenzen, zo bleek in hoofdstuk 7. De grenzen vormen immers geen vaststaande gegevens meer, maar kunnen in deze tijd worden veranderd en verlegd. Om die reden is het recht niet slechts een *digitaliseringstechniek* in biomedische aangelegenheden, maar noodzakelijkerwijs ook een *symboliseringstechniek*. De grenzen die worden getrokken zijn symbolisch beladen. “Het recht beeldt de werkelijkheid niet af, maar het vertelt een verhaal als werkelijkheid.”<sup>1931</sup>

1930 L. Boltanski, *La condition foetale. Une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, Parijs: Gallimard 2004, p. 37.

1931 Foqué en 't Hart 1990, p. 368.

Zoals gezegd staan deze beide functies van het recht, namelijk digitalisering en symbolisering, echter op gespannen voet met elkaar. Met name de eenduidigheid van harde grenzen en de meerduidigheid van symbolische representaties botsen met elkaar. In het licht van digitalisering bezien, schieten de menselijke waardigheid en de menselijke persoon als juridische concepten tekort. De ambivalentie van het symbolisch mensbeeld leent zich slecht voor het maken van scherpe onderscheidingen. Desondanks vormt symbolisering van de biomedische werkelijkheid even zeer als digitalisering een praktische noodzaak bij de regulering van de biomedische ontwikkelingen, zo wordt in dit onderzoek betoogd.

In dit onderzoek zijn meerdere voorbeelden van juridische symbolisering voorbij gekomen. Daarbij bleek dat het recht ter normering van biomedische activiteiten verknopingen tot stand brengt tussen het sociale en het biologische. In hoofdstuk 7 werd in dat verband gesproken van de “autonome bemiddelende functie van het recht” bij de regulering van technisch-wetenschappelijke ontwikkelingen. Onder verwijzing naar Latour werd het recht een rol toegeschreven bij de totstandkoming van biomedische hybriden. Deze functie van het recht is nu te begrijpen als de symbolische bemiddeling van de medische biotechnologie en haar ‘producten’. Dat wil zeggen, het recht brengt bij de regulering van de medische biotechnologie een symbolisch verband tussen ‘samenleving’ en ‘natuur’ aan. Pech formuleert het als volgt:

“Confronté au défi des biotechnologies, le droit a besoin de souplesse et d’adaptabilité. Car sa tâche est redoutable: il s’agit, au fond, de reconstruire du symbolique sur les ruines de ses anciennes fictions, c’est-à-dire de renégocier l’accord entre la connaissance du vivant et des systèmes de valeurs partagés, entre du biologique et du culturel.”<sup>1932</sup>

De reden dat hier van een autonome positie van het recht wordt gesproken, is dat het recht bij deze normering van de biomedische praktijk niet kan terugvallen op de biologische ‘feiten’ die de wetenschap produceert. Tegelijkertijd kan het recht de biologische werkelijkheid evenmin volledig negeren. Door de vermenging van natuur en samenleving die in de biomedische wetenschappen plaatsvindt, is het immers onvermijdelijk dat het recht ook tot een normering van wetenschappelijk-technologische activiteiten komt.

De autonomie van het recht bij regulering van biomedische kwesties is daarentegen gelegen in de uitoefening van zijn symbolische functie. Foqué en ’t Hart spreken in een andere context dan het biorecht treffend van een noodzakelijke,

---

1932 Pech 2001, p. 107.

*symbolische externaliteit van de juridische grondbegrippen*.<sup>1933</sup> In deze context wil dat vooral zeggen dat het biorecht niet samenvalt met de biologische werkelijkheid, maar dat het recht via symbolische begrippen als de menselijke waardigheid en “respect voor menselijk leven” een symbolische duiding aan deze werkelijkheid geeft. Anders gezegd, het recht vormt een onmisbare schakel bij de invoeging van de biomedische hybriden in het *imaginaire social*. Iacub voert de autonomie van het recht nog een interessante stap verder wanneer zij schrijft dat in het biotechnologisch tijdperk eigenlijk alleen het recht nog in staat is te vast te stellen wat bijvoorbeeld een lichaam, een persoon of menselijk leven is:

“Ces nouveaux procédés de manipulation du réel par le droit non seulement font que, d’un côté, il accroît sa puissance de gouvernement du monde, mais que, de plus, grâce aux nouvelles techniques médicales qu’il organise, il abolit toute extériorité de la réalité à lui-même, devenant donc la seule convention susceptible de rendre intelligible l’univers qui résulte des biotechnologies. Ce qu’est un ‘corps’ aujourd’hui, étant donné les nouvelles conditions techniques qui sont les nôtres, seul le droit peut nous le dire. Dans ce sens, la question de la juridicisation des décisions portant sur la vie (la naissance, la santé, etc.) prend une tout autre teneur. Le droit est devenu, dans ces domaines, grâce à ses procédures de construction du monde et donc à sa place dans la production de significations communes, la seule convention ayant force suffisante pour s’imposer à tous, convention parée des attributs et bénéficiant du pouvoir de la violence légitime.”<sup>1934</sup>

Hoewel Iacub enigszins overdrijft wanneer zij stelt dat het recht sinds de opkomst van de medische biotechnologie geen enkele werkelijkheid meer buiten zichzelf hoeft te erkennen, maakt zij in dit citaat goed voelbaar hoe het in laatste instantie het recht is dat bepaalt welke biomedische hybriden tot stand worden gebracht, en wat de status en betekenis van deze hybriden is. In het biomedisch tijdperk is het niet zozeer dat de biologische werkelijkheid zijn sporen op het recht achterlaat, maar drukt het recht juist omgekeerd zijn stempel op de biologische werkelijkheid. Kortom, het menselijk leven in biologische zin is ten gevolge van de medische biotechnologie dermate complex en artificieel aan het worden, “que seul le droit est en mesure de nous dire où est *réellement* le sujet.”<sup>1935</sup>

1933 Foqué 1992, p. 31. Foqué en 't Hart zetten deze symbolische externaliteit in hun gezamenlijk werk als volgt uiteen: “Steeds is in het specifieke en vaak ook situationele karakter van het recht een omvattender dimensie aan de orde, namelijk die van wat Ricoeur noemt ‘la constitution symbolique du lien social’, of in de termen van onze uiteenzetting: de symbolische uitdrukking van maatschappelijke intersubjectiviteit. Dit betekent ook omgekeerd dat het recht nooit uitputtend door zijn situationeel substraat bepaald mag worden, maar altijd een ‘méer aan betekenis’ in zich draagt” (Foqué en 't Hart 1990, p. 130).

1934 Iacub 2002b, p. 17.

1935 M. Iacub (2002a), *Penser les droits de la naissance*, Parijs: PUF 2002, p. 82.

Wat hierbij opvalt is dat zelfs uiteenlopende denkers als Iacub aan de ene kant, en Fabre-Magnan en Labrusse-Riou aan de andere kant, het erover eens zijn dat het recht in de benoeming en duiding van de biomedische praktijk een beslissende factor is geworden. Daardoor lijkt het soms alsof vraagstukken van metafysische aard, waarover zelfs de grootste denkers nog niet uit zijn, in deze tijd aan het recht worden overgelaten. Voor een antwoord op vragen over lichaam, leven en dood doet men steeds vaker een beroep op de jurist.

Een dergelijke conclusie zou echter voorbarig zijn. Het is gelukkig nog altijd niet aan de jurist om tot een ontologie van het embryo te komen, de zijnsvorm van gedoneerde organen te duiden of het daadwerkelijke begin van het leven te bepalen. Vanuit de antropologische functie van het recht bezien gaat het niet om een metafysica van het lichaam en het embryo, maar om hun symbolische representaties. De vraag wordt dan: wat voor een voorstelling maakt men in het recht van het rest-embryo, menselijk weefsel of stamcellen? En niet: wat is de zijnswijze van deze biomedische hybriden? In de woorden van Fabre-Magnan:

“Il ne s’agit pas de savoir ce qu’est l’être humain ou de déterminer son essence: tout cela relève de l’inconnaissable. La question ne doit donc pas être formulée, comme on l’entend trop souvent, en termes de ce qu’ ‘est’ l’embryon, ou de ce que ‘sont’ les cellules-souches, questions qui n’ont pas de réponse, et surtout pas de réponse scientifique que l’on peut découvrir sous le microscope. L’interrogation consiste à savoir comment traiter ces personnes potentielles et ces produits d’origine humaine afin de faire sorte de préserver en l’homme son humanité ou, plus précisément, de la réinventer et de la réinstituer sans cesse, car dans un monde qui bouge en permanence et à une vitesse toujours accélérée, les solutions ne peuvent être celles qui convenaient au passé.”<sup>1936</sup>

Met andere woorden, de juridische symbolisering van biomedische hybriden vormt een dynamisch proces, waarbij men niet kan terugvallen op een voorgegeven, bovenmenselijke werkelijkheid. Vanuit de antropologische functie van het recht bekeken, stelt Fabre-Magnan, is het noodzakelijk telkens opnieuw de vraag te stellen hoe de menselijkheid van de mens het best wordt gewaarborgd. Het symboliseringsproces ligt niet op voorhand vast, maar behelst een onophoudelijke bevraging.

De dynamiek van het proces is mede van belang om de symbolisch-juridische benadering te kunnen onderscheiden van het natuurrechtelijk gedachtegoed. De starre metafysica waarop het natuurrecht berust, staat haaks op de antropologische en veranderlijke realiteit van het symbolisch-juridische perspectief. Vanuit de antropologische functie van het recht bekeken gaat het niet om de oorsprong van het recht, die uit de Natuur of God zou zijn af te leiden, maar om de uitwerking en gevolgen van het recht dat als een volledig menselijke constructie

---

<sup>1936</sup> Fabre-Magnan 2007, p. 8.

moet worden beschouwd. Volgens Labrusse-Riou veronderstelt het symbolisch-juridische perspectief daarom eerder *une thèse réaliste* dan *naturaliste*. Dat legt zij als volgt uit:

“Si certains considèrent que parler de fonction anthropologique du droit est le masque d'un retour du droit naturel et avec lui de l'ordre moral [...], affirmons d'emblée qu'à l'inverse les tenants d'une fonction anthropologique du droit s'intéressent plutôt aux effets qu'aux sources du droit positif, effets sur les humains d'abord et partant sur le monde qui se construit par le droit.”<sup>1937</sup>

De effecten van het recht waarop de aanhangers van de antropologische functie van het recht doelen, zijn de effecten van het recht voor de vorming van de mens als persoon. De menselijke persoon vormt geen gegeven, maar is het resultaat van een ontwikkelingsproces, waaraan ook het recht heeft bij te dragen. Daarin is een belangrijk punt van overeenstemming tussen Arendts visie op de menselijke persoon en de symbolisch-juridische benadering van de persoon gelegen. In de woorden van Fabre-Magnan:

“L'anthropologie dogmatique s'intéresse, en effet, non pas à la source du droit (qui serait dans Dieu, dans la nature, ou ailleurs), mais à ses effets, c'est-à-dire au rôle de celui-ci dans l'institution de l'homme, c'est-à-dire dans la construction de son humanité.”<sup>1938</sup>

Dat de antropologische functie van het recht desondanks veelal wordt aangezien voor een nieuwe variant op het natuurrecht komt niet helemaal uit de lucht vallen. Zoals in de volgende paragraaf aan bod zal komen, brengen sommige auteurs de symbolische functie van het recht op een zodanig rigide wijze in de praktijk, dat zij inderdaad doet denken aan een terugkeer van het natuurrecht.

Als men de symbolisch-juridische benadering toch metafysisch of natuurrechtelijk zou willen noemen, aangezien zij raakt aan fundamentele onderscheidingen zoals tussen persoon, zaak, mens en dier, kan men dat het best in termen van een *experimentele* metafysica doen, zoals Latours formulering luidt,<sup>1939</sup> of een *experimenteel* natuurrecht. Deze formuleringen zijn, in tegenstelling tot het traditionele begrip van metafysica en natuurrecht, in staat de dynamiek van het symboliseringsproces van hybriden tot uitdrukking te brengen. Bovendien sluit de experimentele aard van dit natuurrecht aan bij de constructivistische opvatting van menselijke waardigheid die in Arendts werk ligt besloten.

1937 C. Labrusse-Riou, “L'humain en droit: réalité, fiction, utopie?”, in: C. Hervé en J.J. Rozenberg (red.), *Vers la fin de l'homme?*, Brussel: De Boeck 2006, p. 166.

1938 M. Fabre-Magnan, “De la sélection à l'eugénisme”, in: M. Fabre-Magnan en P. Moullier (red.), *La génétique, science humaine*, Parijs: Éditions Belin 2004, p. 201.

1939 Zie 7.7.

Reeds in hoofdstuk 7 is beschreven hoe Latours experimentele metafysica uitmondt in een politieke beraadslaging over de totstandkoming van hybriden. Met deze procedure beoogde Latour

“à ralentir, c’est-à-dire à *re-présenter* toujours et à nouveau, à temps et contre-temps, les douleurs de la composition progressive du cosmos. [...] Seul [...] importe la question scientifique, politique, moral, économique et administrative: [les] propositions sont-elles bien ou mal articulées? Forment-elles un bon ou mauvais monde commun?”<sup>1940</sup>

Uit dit citaat blijkt dat het Latour niet slechts gaat om een nieuw systeem van *politieke* representatie, maar ook om re-presentatie<sup>1941</sup> in een ander opzicht: een hernieuwde voorstelling of symbolisering van *le monde commun*, het netwerk, of de *cosmos*, zoals Latour dat enigszins holistisch uitdrukt. Latour definieert zijn experimentele metafysica daarom ook wel als “la recherche de ce qui compose le monde commun”.<sup>1942</sup> De vraag is uiteraard in welk geval er sprake is van een “bon ou mauvais monde commun”.

In zijn engelstalige werk geeft Latour aan dat wat hij via zijn politiek van de natuur beoogt te bereiken is “to bring care and caution back into the fabrication of facts and to make the salutary ‘Beware!’ audible again in the depths of laboratories”.<sup>1943</sup> Anders gezegd, we dienen ons opnieuw bewust te worden van de antropologische verknopingen die we ook in de ‘harde’ wetenschappen tot stand brengen, en de verreikende gevolgen die zij kunnen hebben voor het bestaande netwerk tussen samenleving en natuur. “The reason one should always beware of [hybrids] is that their consequences are unforeseen, the moral order fragile, the social one unstable.”<sup>1944</sup> Op die manier plaatst Latour wetenschap terug in het antropologische netwerk waar het volgens hem altijd al deel van heeft uitgemaakt. De modernist heeft slechts oog gehad voor de zogenaamd primitieve, symbolische verknopingen die men in andere culturen tussen natuur en cultuur, en tussen mensen en dingen tot stand bracht, zoals via animistisch of magisch denken. Latour laat via zijn symmetrische, “nonmoderne” antropologie zien hoe ook de westerse wetenschapper altijd al vermengingen teweeg heeft gebracht, zonder zich daarvan echter ooit bewust te zijn geweest. Een dergelijke politiek van de natuur die *care and caution* betracht, geeft Latour in navolging van Isabelle

1940 B. Latour (1999b), *Politiques de la nature. Comment faire entrer les sciences en démocratie*, Parijs: La Découverte 2004, p. 249.

1941 Zie voor verdere uitleg van deze term Latours glossarium op het einde van zijn boek: Latour 1999b, p. 360.

1942 Latour 1999b, p. 357.

1943 Zie o.a. B. Latour (1999a), *Pandora's hope. Essays on the reality of science studies*, Cambridge: Cambridge University Press 1999, p. 288.

1944 *Idem*.

Stengers de naam *cosmopolitics*<sup>1945</sup> mee. Over de mogelijke vertaling van zijn cosmopolitiek naar de praktijk blijft Latour echter enigszins vaag.

Een mogelijkheid die in dit onderzoek besloten ligt is om binnen de leemte die Latour op dit punt laat de eerdere beschouwingen over juridische symbolisering van biomedische hybriden te plaatsen. Hoewel Latour het nergens zo uitdrukt, lijkt zijn gedachtevorming aan te sturen op een open en gemeenschappelijk symboliseringsproces van hybriden, waarbij ook het recht een rol heeft te vervullen. In plaats van symbolisering spreekt Latour weliswaar in termen als *re-présentation*, *articulation* of *scénarisation*.<sup>1946</sup> Maar wat Latour met deze termen wil aangeven is dat de hybriden in al hun grilligheid en veelvormigheid dienen te worden gerepresenteerd, dat mogelijke verknopingen zo goed mogelijk dienen te worden gearticuleerd, en dat over de toekomstscenario's voor een *bon monde commun* dient te worden beraadslaagd. Kortom, Latour lijkt op te roepen tot een collectief en open symboliseringsproces van hybriden.

Daarbij is volgens Latour mede een taak voor het recht weggelegd. In zijn politiek van de natuur dient de totstandkoming van hybriden *de iure* en niet *de facto* plaats te vinden. Zijn ideaalbeeld van een *bon monde commun* heeft dan ook implicaties voor een goed begrip van het biorecht. Via de taal van het recht wordt een symbolische bemiddeling en verknoping van de biologische aspecten van het menselijk bestaan tot stand gebracht die idealiter in dat beeld past. Biologische feiten en grenzen worden via de juridische categorieën en begrippen van een culturele duiding voorzien.

Hoewel Latour zich in *La fabrique du droit* openlijk kritisch uitlaat over het gedachtegoed van Legendre,<sup>1947</sup> vinden de aanhangers van de symbolische functie

1945 Latour 1999a, p. 290.

1946 Zie met name resp. Latour 1999a, p. 360, p. 280 en p. 190.

1947 Latour spreekt daar van een “mélange assez curieux de psychanalyse lacanienne, de droit romain, de césaro-papisme et de culte de l'État” dont Pierre Legendre a construit l'emblème aussi fascinant que dogmatique” (B. Latour (2002), *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Parijs: La Découverte 2002, p. 291). Zijn bezwaar tegen Legendres denken luidt dat “le droit ne sauve pas, il n'humanise pas, il n'administre pas, il n'économise aucun tracas. Le droit ne remplace rien d'autre. [...] Pas plus qu'il ne permet pas de naître à l'humanité, il ne permet pas de mourir dignement et accomplissant le travail de deuil” (Latour 2002, p. 292). De hier geuite kritiek vormt een goede aanleiding om stil te staan bij de ambiguïteit van Latours positie ten aanzien van het recht en haar functies. In *Nous n'avons jamais été modernes en Politiques de la nature* schrijft Latour een speciale taak aan het recht en de jurist toe bij de totstandkoming van hybriden, die met name in hoofdstuk 7 is beschreven. Zo zou de verknoping van natuur en samenleving volgens hem voortaan niet meer *de facto*, maar *de iure* plaats moeten vinden. Dat doet denken aan de uitspraken van Legendre dat het recht mede tot taak heeft “à nouer ensemble trois éléments [...]: le biologique, le social, le subjectif” (Legendre 1999, p. 143).

In *La fabrique du droit*, en dan met name bovenstaand citaat, lijkt Latour deze eerdere beschouwingen tegen te spreken. Hij stelt hier immers onder meer dat het recht niet humaniseert of symboliseert, noch een ieder in staat stelt deel te worden van de mensheid. Tegelijkertijd stelt hij een aantal pagina's verderop, in de mooie slotwoorden van het boek, dat “on ne serait pas humain sans [la musique du droit]. Sans elle, on aurait perdu la trace de ce que l'on a dit. Les énoncés flotteraient sans jamais pouvoir retrouver leurs énonciateurs. Rien ne lierait ensemble



van het recht en Latour elkaar in hun antropologische benadering van recht en wetenschap. Zo zou het volgende citaat van Supiot uit *Homo Juridicus* niet misstaan in het werk van Latour:

“La techno-science est un produit direct du montage anthropologique propre à l'Occident, en même temps que le ressort de sa domination sur le reste du monde. Mais la démarche scientifique postule l'oubli des croyances qui la rendent possible, de même, du reste, que l'oubli de sa propre histoire.”<sup>1948</sup>

Desondanks blijft er tussen Latours wetenschapsantropologie en de juridische antropologie van mensen als Legendre en Supiot een spanningsveld bestaan. De voornaamste reden is dat sommige aanhangers van de symbolische functie van het recht het dynamische aspect van de symbolisering uit het oog hebben verloren. Hoewel de symbolische functie van het recht van essentieel belang is voor de regulering van de medische biotechnologie, dient men ervoor te waken deze symbolische functie te beschouwen als deel van een bestaande en onveranderlijke orde, op basis waarvan ieder mogelijk proces van publieke besluitvorming bij voorbaat wordt kortgesloten. Het gevaar bestaat dat deze conceptie van het recht uitmondt in een starre verbeelding van de werkelijkheid die op conservatieve leest is geschoeid. Dit risico dat de antropologische functie van het recht in zich draagt wordt in de komende paragraaf uit de doeken gedaan.

## 8.8 Kritiek op de antropologische functie van het recht

In de Nederlandse rechtsdogmatiek zijn de symbolische aspecten van het recht van oudsher nauwelijks gethematiseerd. De voornaamste oorzaak is dat de Nederlandse gezondheidsrechtelijke dogmatiek in sterke mate is voorgestructureerd door het zelfbeschikkingsparadigma, zoals bleek in hoofdstuk 3. De Nederlandse dogmatiek staat daarin niet alleen. In de angelsaksische gedachtevorming over bio-ethiek en biorecht domineren de waarden van autonomie en *informed consent* eveneens het denkkader. Nu het recht ten gevolge van de medische biotechnologie een nieuwe fase van symbolisering is ingegaan – denk aan het verbod op

---

l'espace-temps en un continuum. On ne retrouverait pas la trace de nos actions. On n'imputerait pas de responsabilité. N'est-ce pas suffisant pour se présenter dignement devant les autres peuples? Pour leur demander de respecter notre état de droit?” (Latour 2002, p. 299). Met andere woorden, volgens Latour draagt het recht wel degelijk bij aan onze menselijkheid en onze waardigheid. Wellicht luidt zijn kritiek dat het recht niet moet worden verward met andere ordes, zoals de symbolische of de politieke orde: het recht kan politieke besluitvorming niet vervangen, noch maakt het mensen talig. Daarmee ontkent Latour echter niet dat het recht in deze ordes een functie zou kunnen vervullen. Zoals recht en politiek niet met elkaar verward moeten worden, maar wel een nauwe samenhang vertonen, zo zou het recht volgens een dergelijke rede-nering wel degelijk bij kunnen dragen aan humanisering en symbolisering.

1948 Supiot 2005, p. 68-69.

reproductief kloneren, kiembaangetherapie of de verkoop van lichaams- en embryonaal materiaal – begint het tekort van deze benadering voor de analyse van het geldende recht aan het licht te treden.

De traditionele blindheid ten aanzien van symbolische verboden en geboden in het recht kan wellicht verklaren waarom sommige juristen de symbolische functie van het recht, zoals die recentelijk in Franse rechtsgeleerde kringen in de belangstelling staat, en de hernieuwde aandacht voor de menselijke waardigheid, zoals die in de context van de medische biotechnologie is waar te nemen, als een bedreiging van de individuele vrijheid opvatten. Zo leggen Brownsword en Beyleveld reeds in hun benaming voor de kantiaanse interpretatie van de menselijke waardigheid, *human dignity as constraint*, de nadruk op de beperkende werking van het symbolisch-juridische mensbeeld in bioethische kwesties. Zij waarschuwen dat “the emerging role of human dignity in bioethics is precisely to close down rather than to open up the freedom to take advantage of the technology now being developed in the biosciences”.<sup>1949</sup> In Nederland is Somsen kritisch ten aanzien van het gebruik van de menselijke waardigheid in de besluitvorming over medische biotechnologie. In zijn Tilburgse oratie als hoogleraar biotechnologie en recht gaat hij vanuit verschillende perspectieven op de casus van prenatale diagnostiek (PGD) in, waaronder het perspectief van de menselijke waardigheid. Volgens hem voldoet het “*dignitarian* paradigma”, zoals hij deze invalshoek in navolging van Brownsword en Beyleveld noemt, niet aan de eisen van een deliberatieve democratie. Hij noemt het beginsel van de menselijke waardigheid, zodra zij meer omvat dan bescherming van autonomie en vrijheidsrechten, “repressief”, en brengt haar onder meer in verband met “de conservatief religieuze hoek”.<sup>1950</sup> De kantiaanse lezing van de menselijke waardigheid heeft zelfs een totalitair karakter wanneer het universele gelding wordt toegeschreven, zo stelt Somsen:

“[...] dignitarians zijn op het punt van pgd weinig geïnteresseerd in reflectie en debat; de menselijke waardigheid moet nooit worden gecompromitteerd. Alleen al om die reden voldoet een *dignitarian* paradigma niet aan onze eisen. Heeft het paradigma kosmopolitische pretenties, dan verkrijgt het een totalitair karakter. In haar locale vorm geeft het aanleiding tot locale en sub-locale ‘pgd vrije zones’. Welke gestalte het perspectief ook aanneemt, het zal leiden tot aantasting van individuele vrijheden, vrije handel, of beide. De beperkende visie van de menselijke waardigheid kan dan ook nooit een nuttige meta-regel opleveren die ons in staat stelt nationaal beleid te toetsen op externe legitimiteit.”<sup>1951</sup>

1949 D. Beyleveld en R. Brownsword, *Human dignity in bioethics and biolaw*, Oxford: Oxford University Press 2001, p. 28.

1950 Somsen 2006, p. 32.

1951 Somsen 2006, p. 37.

Voor degenen die eraan voorbij gaan dat het recht een symbolische dimensie kent, zoals bijvoorbeeld in de juridische benadering van het gestorven lichaam of in het mensbeeld van de mensenrechten, lijkt de nadruk op de symbolische functie van het recht in de context van de medische biotechnologie slechts voort te komen uit een overdreven angst voor de recente ontwikkelingen, die niet gefundeerd is op enige juridische analyse. De theorievorming rondom de antropologische functie van het recht wordt soms dan ook beschouwd als de meest recente manifestatie van moreel conservatisme in de rechtswetenschap. Lhuilier beschrijft die argwaan als volgt:

“Les juristes qui admettent cette dimension anthropologique du droit, tels Pierre Legendre, Alain Supiot, Muriel Fabre-Magnan, Catherine Labrusse-Riou et Bernard Mathieu ainsi que la trentaine d’universitaires qui ont signé la pétition pour protester contre l’arrêt *Perruche*, sont régulièrement soupçonnés de masquer un moralisme conservateur manifesté par des prises de positions réactionnaires sur l’homosexualité, l’avortement, la parenté, etc. Le risque d’une telle conception est en effet de laisser à l’ordre juridique un pouvoir de dire ce qu’est un sujet, ce qui heurte profondément l’actuelle conception individualiste de la personne.”<sup>1952</sup>

Een van de verwijten aan het adres van de in het citaat genoemde juristen, hierna wederom de *realisten* genoemd, luidt dat zij de symbolische functie van het recht inroepen ter legitimatie van hun persoonlijke politieke agenda. Een duidelijke illustratie biedt de discussie rond de *Perruche*-uitspraak. Thomas, Cayla en De Béchillon hebben als voornaamste punt van kritiek op het manifest van Labrusse-Riou en Mathieu, dat de juristen die het manifest ondertekenden een normatieve, en zelfs politieke positie innamen die in strijd is met het ideaal van neutrale rechtswetenschapsbeoefening. Cayla spreekt in dat verband van “une *philosophie du droit* qui envisage la normativité juridique comme étant essentiellement au service de la défense [d’un] ordre public ou symbolique naturel”. Hij vervolgt:

“Assigner le droit à cette ‘fonction anthropologique’, c’est donc non seulement assigner l’individu au respect de sa propre humanité suivant les modalités unilatéralement établies par les interprètes autoproclamés de cet ordre anthropologique et moral, mais c’est aussi assigner le droit positif étatique à la fidèle reproduction des normes morales ‘découvertes’ par ces interprètes d’un tel droit naturel anti-moderne.”<sup>1953</sup>

---

1952 Lhuilier 2004, p. 17.

1953 O. Cayla, “Le droit de se plaindre. Analyse du cas (et de l’anti-cas) *Perruche*”, in: O. Cayla en Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. A propos de l’affaire Perruche*, Parijs: Gallimard 2002, p. 52-53.

De critici slaan de plank gedeeltelijk mis. In het positieve recht zijn immers talloze aanknopingspunten te vinden die op de symbolische dimensie duiden, zo is in dit onderzoek naar voren gekomen. De juridische bescherming van het gestorven lichaam, de non-commercialiteit van lichaamsmateriaal en de juridische status van pasgeboren kinderen zijn slechts te begrijpen tegen de achtergrond van symbolische categorieën en geboden. Belangrijker nog, ook het persoonsbegrip van de mensenrechten moet als een symbolische voorstelling van de mens worden begrepen. Noch mens van vlees en bloed, noch compleet artefact, geeft zij een symbolische lading aan het lidmaatschap van de menselijke soort. De opkomst van het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid, zoals verankerd in de mensenrechten-verdragen en het biorecht, heeft een hernieuwde symbolisering van het recht teweeg gebracht. Met andere woorden, de symbolische functie van het recht vormt geen persoonlijke, politieke positie, maar is een voortgaande ontwikkeling die in het positieve recht besloten ligt.

Toch zit er een element van waarheid in de aantijgingen van de artificialisten. Hoewel hun punten van kritiek de uitgangspunten van de antropologische functie van het recht zelf niet onderuit halen, treffen zij wel degelijk doel wanneer we kijken naar de concrete toepassing die er in sommige gevallen aan wordt gegeven. De juridische uitwerking van het symbolisch-juridisch mensbeeld vormt in het licht van de medische biotechnologie een noodzakelijke, maar ook hachelijke onderneming. Feit is dat de antropologische functie van het recht de rechter en rechtswetenschapper belasten met de lastige taak om tot een uitleg en toepassing van een veelomvattend, ambivalent, gelaagd en ethisch beladen begrip als de menselijke waardigheid te komen. Dat roept de vraag op of de jurist daartoe wel in staat en bevoegd is. Zo ja, hoe kan hij tot de juiste interpretatie van symbolische begrippen en beginselen te komen? En wat zijn daarbij de valkuilen?

Aan de juridische operationalisering van het begrip menselijke waardigheid kleven een aantal problemen en gevaren, die voor een deel in hoofdstuk 3 zijn besproken. Niet alleen kan met een beroep op de menselijke waardigheid de individuele vrijheid worden beperkt, maar ook is de menselijke waardigheid als beginsel zo vaag dat zij zich leent voor tegenstrijdige interpretaties. Het risico bestaat dat de menselijke waardigheid verwordt tot een principe dat naar tijd en plaats van betekenis verschilt of juist in nietszeggendheid uitblinkt, functioneert als vehikel van een politieke ideologie of een reflectie van meerderheidsopvattingen vormt. Aangezien de juridische verankering van de menselijke waardigheid het zwaartepunt van de antropologische functie van het recht vormt, zijn deze risico's eveneens herkenbaar in het gedachtegoed van de juristen die zich op de antropologische functie van het recht beroepen. Sterker nog, een verkenning van de problematische aspecten van deze rechtstheoretische stroming kan ons naar de wortels leiden van de bezwaren tegen een juridisch beroep op de menselijke waardigheid.

Daarbij zal met name blijken dat in het voortgaande, juridische proces van symbolisering en humanisering van de medische biotechnologie het gevaar van *verstening*, *naturalisering* en *essentialisering* van het symbolisch-juridisch persoonsbegrip dreigt. Dat wil zeggen, de tendens om de menselijke persoon en de menselijke waardigheid niet als symbolische, menselijke constructies te zien, maar als de reflectie van een bovenmenselijke werkelijkheid, zoals een hogere werkelijkheid of de empirisch waarneembare werkelijkheid. De ironie wil dat het beginsel van de menselijke waardigheid, dat moet beschermen tegen objectivering, instrumentalisering en andere reducties van de mens, op die manier zelf dreigt uit te monden in een gereduceerd en gereïficeerd mensbeeld.

Tekenend voor het voortgaande, juridische proces van symbolisering en humanisering van de medische biotechnologie is de poging om van de menselijke waardigheid een hogere waarheid te maken. Daartoe verwijst men veelal naar een bovenmenselijke werkelijkheid, of dat nou een hogere, natuurrechtelijke werkelijkheid is, of een empirische, genetische werkelijkheid. Deze tendens vloeit voort uit de begrijpelijke behoefte om in deze lastige materie enige houvast te creëren. Omdat men met termen als *menselijke waardigheid* en *humanisering* uitermate glibberig terrein betreedt, tracht men via verwijzingen naar de feiten of absolute waarheden vaste grond onder de voeten te krijgen. Wetenschappelijke wetmatigheden, empirische feiten of natuurrechtelijke waarheden moeten de interpretatie van deze begrippen aan menselijke willekeur onttrekken.

Ook bij de uitleg van de symbolische functie van het recht wordt dit mechanisme toegepast. De neiging is groot om de symbolische dimensie van het recht te beschouwen als een onveranderlijke orde, waaruit pasklare antwoorden op complexe, ethisch-juridische vraagstukken kunnen worden afgeleid. De symbolische orde wordt in die gedachtegang een soort tovermiddel waarmee meningsverschillen over de betekenis van menselijke waardigheid en conflicten over de status van het embryo en het lichaam definitief kunnen worden beslecht. Kennis over de symbolische orde leidt volgens deze gedachtegang naar 'de waarheid' over uiteenlopende kwesties als kunstmatige voortplanting en het homohuwelijk. Daarbij wordt de symbolische orde vooral in statische psychoanalytische of antropologische termen geduid.

De redenering gaat ongeveer als volgt. De symbolische orde berust op een aantal antropologische of psychoanalytische categorieën en wetmatigheden, die de auteur in kwestie heeft weten bloot te leggen. Zodra een bepaalde juridische regeling deze wetmatigheden tegensprekt, is er sprake van strijdigheid met de symbolische orde, en daarmee met de menselijke waardigheid. Daarbij zien deze denkers vervolgens een taak weggelegd voor de jurist als hoeder van deze statisch uitgelegde symbolische orde, ofwel als *Artiste de la Raison*, zoals Legendres reeds aangehaalde uitdrukking luidt. Kortom, de kern van dit conservatisme is gelegen in de uitleg die men aan het begrip van de symbolische orde geeft, en de manier waarop men de mens van het recht vervolgens aan die uitleg ondergeschikt maakt.

Op die manier kan er wel degelijk een conservatieve tendens worden aangewezen in het denken van rechtswetenschappers die de antropologische functie van het recht tot de kern van hun denken hebben gemaakt.

Voordat nader wordt ingegaan op de problematische aspecten van deze uitleg, ter illustratie een passage uit een interview van Legendre met de krant *Le Monde*. Het geregistreerd partnerschap voor homoseksuelen, het homohuwelijk en het homoseksueel ouderschap worden door sommige wetenschappers die zich op de antropologische functie van het recht baseren uitgelegd als een radicale en ongewenste desymbolisering van het familierecht.<sup>1954</sup> Legendre behoort tot deze groep. In het volgende fragment spreekt hij als volgt over de zogenaamde PACS (*pacte civile de solidarité*), de Franse versie van het geregistreerd partnerschap dat voor zowel hetero- als homoseksuelen openstaat:

“Le petit épisode du PACS est révélateur de ce que l'État se dessaisit de ses fonctions de garant de la raison. Freud avait montré l'omniprésence du désir homosexuel comme effet de la bisexualité psychique. [...] La position homosexuelle, qui comporte une part de transgression, est omniprésente. L'Occident a su conquérir la non-ségrégation, et la liberté a été chèrement conquise, mais de là à instituer l'homosexualité avec un statut familial, c'est mettre le principe démocratique au service du fantasme. C'est fatal, dans la mesure où le droit, fondé sur le principe généalogique, laisse la place à une logique hédoniste héritière du nazisme. En effet, Hitler, en s'emparant du pouvoir, du lieu totémique, des emblèmes, de la logique du garant, a produit des assassins innocents.”<sup>1955</sup>

Voor Legendre vormt het geregistreerd partnerschap van homo's een teken dat de staat en het recht worden ontdaan van hun symbolische functie. De PACS luidt zijns inziens de desymbolisering van het familierecht in. In het citaat beroept hij zich met name op een psychoanalytische benadering van de symbolische orde. Onder het mom van de symbolische orde en de functie van het recht bij het beschermen van deze orde, komt hij tot het oordeel dat het geregistreerd partnerschap voor homoseksuelen past binnen “een hedonistische logica die schatplichtig is aan het nazisme.” Om de juridische erkenning van het geregistreerd partnerschap van homoseksuelen op grond van de dogmatische grondslagen van het recht in één adem te noemen met de totalitaire desymbolisering die onder het nazi-bewind plaats had, is niet alleen onnodig grievend, maar getuigt tevens van een misplaatste en zelfs doorgeslagen visie op de symbolische dimensie van het

1954 Zie voor een overzicht M. Iacub, “Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symbolique” in Iacub 2002b, p. 347 e.v. Zij noemt naast Legendre met name de sociologe Irène Théry als een wetenschapper die de aanpassing van het familierecht aan homoseksuelen als een desymbolisering van het recht beschouwt.

1955 P. Legendre, “Nous assistons à une escalade de l'obscurantisme” (interview), *Le Monde*, 22 oktober 2001.

recht. De manier waarop Legendre zich als jurist beroept op de symbolische orde geeft in meerdere opzichten aanleiding tot kritiek.

De Béchillon<sup>1956</sup> grijpt de uitspraak van Legendre aan om de zwakheden te benoemen van de rechtsopvatting van “les juristes soucieux de la fonction anthropologique et éthique du droit”, zoals ze in het manifest van Labrusse-Riou en Mathieu werden genoemd. In een artikel waarin hij de antropologische categorieën waarop deze juristen zich met name in het debat over de *Perruche*-zaak beriepen aan een kritisch onderzoek onderwerpt, concludeert De Béchillon dat:

“l’appel aux “catégories anthropologiques fondamentales” n’est probablement rien d’autre qu’un masque posé sur l’ambition de prescrire un certain nombre de valeurs, également dissimulées. La science du droit, comme la psychanalyse, n’ont aucun rapport complètement acceptable avec ce genre d’ambition.”<sup>1957</sup>

Met andere woorden, volgens De Béchillon dringen auteurs als Legendre met een beroep op de antropologische functie van het recht in wezen hun eigen waarden aan anderen op. De retoriek die zij gebruiken vormt in zijn ogen slechts een façade die het persoonlijke en ideologische karakter van hun uitspraken moet verhullen. In het artikel gaat hij nader in op de gebruikte retoriek, met name op de notie van “antropologische categorieën” die het recht, in het kader van zijn antropologische functie, zou moeten beschermen.

Allereerst vraagt De Béchillon zich af hoe deze juristen tot hun specifieke uitleg van de symbolische orde komen. Het bestaan van deze categorieën is sowieso discutabel, zo stelt hij. Bovendien blijft het zijns inziens mysterieus waarom men de kennis over de inhoud van deze categorieën vandaan haalt, met name als jurist. Waarom zouden juristen hier beter dan anderen toe in staat zijn? Tot slot valt hem op dat de specifieke inhoud van deze vermeende categorieën in discussies als die rondom de *Perruche*-uitspraak ronduit vaag blijft. Kortom, de lezing die de realisten van de symbolische orde geven is dubieus.

Inderdaad berusten Legendres aangehaalde woorden op een bezwaarlijke overheveling van antropologische en psychoanalytische inzichten naar de rechtswetenschap. De term *symbolische orde* is immers vooral bekend uit de structuralistische antropologie (Lévi-Strauss) en psychoanalyse (Lacan). Waar andere auteurs spreken van het recht als deel van de symbolische orde om aan te geven dat het geldende recht een symbolische dimensie kent, en dat het recht, gezien de positivering van de menselijke waardigheid, een humaniserende taak vervult, daar maken Legendre en zijn geestverwanten van het psychologische en antropo-

---

1956 D. de Béchillon, “Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales? Réflexions, à propos de la controverse *Perruche*, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire”, *RTD civil*, januari/maart 2002, p. 68.

1957 De Béchillon 2002, p. 69.

logische begrip van de symbolische orde uiteindelijk een zelfstandige bron van normativiteit.

Zo lijkt de *Wet van de Vader*, zoals Lacan de symbolische orde ook wel noemt, in het werk van Legendre de gedaante van een *wet in juridische zin* aan te nemen. Dat wil zeggen, het recht krijgt in zijn werk een taak toebedeeld in het psychologisch proces van identiteitsvorming. Ook Edelman,<sup>1958</sup> Supiot en Salas<sup>1959</sup> verwijzen op meerdere plaatsen in hun werk naar de psychoanalytische theorie om zich te beklagen over de subjectivering van het recht en de proliferatie van subjectieve rechten. Volgens hen heeft het recht mede tot taak om de *toute-puissance narcissique du sujet*<sup>1960</sup>, de zelfverheerlijking van *le sujet roi* aan banden te leggen. De noodzaak van deze taak baseren zij op het psychoanalytische inzicht dat voor de totstandkoming van identiteit een derde instantie nodig is (zie hierover 8.5.2). Volgens Supiot en Legendre is het recht eerst en vooral *le Tiers garant de l'identité*, de derde term zonder welke “la Raison humaine” niet tot stand kan komen. Supiot vat hun positie als volgt samen:

“Il s’agit seulement de rappeler, dans la ligne tracée par les travaux de Pierre Legendre, que la raison humaine repose, aujourd’hui comme hier et en Occident comme ailleurs, sur des fondements dogmatiques, c’est-à-dire sur l’existence d’un ‘lieu de la vérité légale, postulé et socialement mis en scène comme telle’.<sup>1961</sup> L’accès à la parole, qui est le propre de l’humanité, est aussi une porte ouverte à tous les délires. La dogmatique est là pour fermer cette porte.”<sup>1962</sup>

Om deze reden noemen Thomas en Iacub de aanhangers van de antropologische functie van het recht ook wel smalend “les psycho-juristes”.<sup>1963</sup> Hoewel de psychologie een interessant extern perspectief kan bieden op de ratio achter bepaalde juridische voorschriften of beginselen,<sup>1964</sup> of over het feitelijk functioneren van het justitieel apparaat,<sup>1965</sup> schiet men door wanneer men van het recht een systeem maakt dat primair in dienst staat van een ieders psychologische welzijn of identiteitsvorming. Natuurlijk heeft het recht ook bepaalde psychologische effecten. Iets anders is het wanneer de psychische gesteldheid het voornaamste doel van regelgeving wordt. Uiteindelijk is het dan de psychologie of psychoanalyse die dicteert wat de inhoud van het recht is.

1958 Zie met name zijn artikel “Sujet de droit et technoscience” in: B. Edelman, *La personne en danger*, Parijs: PUF 1999, p. 397-416 ; en B. Edelman, “L’arrêt *Perruche*: Une liberté pour la mort? ”, in: *Recueil Dalloz*, 2002, nr. 30, p. 2349-2352.

1959 Zie met name hoofdstuk 6 van Salas 1994.

1960 Edelman 1999, p. 403.

1961 Legendre 1999, p. 78.

1962 Supiot 2001, p. 165. Ongeveer dezelfde passage is te vinden in Supiot 2005, p. 21.

1963 Thomas 1998, p. 92; Iacub (2002b), p. 352.

1964 Zo gebruikt Pessers onder meer de psychoanalyse om de fundamenteën van het wederkerigheidsbeginsel te analyseren (Pessers 1999, zie met name hoofdstuk 1).

1965 Zoals onderzocht wordt in de rechtspsychologie.



Een dergelijke benadering kan uitlopen op een vergaande psychologisering en daarmee naturalisering van de juridische persoon. Niet langer richt het recht zich op het *gedrag* van burgers, maar op hun *psyche*. In de rechtsopvatting van Legendre en gelijkgestemden “ce n’est pas le comportement des individus, mais l’obscurité de leur psychisme, le mystère de leur conscience, qu’il s’agit d’organiser convenablement”.<sup>1966</sup> Het onderscheid tussen de juridische persoon en de persoon uit de geleefde werkelijkheid vervaagt dientengevolge. Daarmee wordt ook de beschermende functie van het juridisch persoonsbegrip voor een belangrijk deel teniet gedaan: de burger in zijn psychologische belevingswereld wordt blootgesteld aan juridische interventie. Zoals immers in 6.1 werd benadrukt, biedt de abstractie van de juridische persoonlijkheid, ofwel het feit dat de juridische persoon niet samenvalt met de mens van vlees en bloed, eveneens bescherming tegen een bemoeizuchtige overheid.

Uiteraard gaat het deze juristen er echter niet om de overheid oppermachtig te maken ten koste van het individu. Hun voornaamste zorg betreft daarentegen de bescherming van antropologische categorieën en onderscheidingen, die volgens hen aan de psychische structuur van het ‘gezonde’ individu ten grondslag liggen. Op die manier zien we ook de structuralistische antropologie terug in hun uitleg van de symbolische functie van het recht. De gedachtegang luidt dat het recht bijdraagt aan een ieders identiteitsvorming via de bescherming van de bestaande antropologische structuur. In dat verband wordt er gerefereerd aan bepaalde ‘onveranderlijke’, antropologische onderscheidingen en instituties, die volgens hen door het recht zouden moeten worden gereflecteerd.

Een voorbeeld is het sekse-verschil dat immers niet alleen een biologisch, maar ook symbolisch en cultureel beladen onderscheid betreft (zie 8.5.2). Aangezien transseksualiteit een ontkenning vormt van dit onderscheid, staan veel realisten alleen al om die reden argwanend ten opzichte van een juridische erkenning van transseksualiteit. Zo lijkt Supiot de wens van een transseksueel om van geslacht te veranderen als een fantasme van het narcistisch individu uit te leggen dat door het recht moeten worden beteugeld.<sup>1967</sup> Salas wijdt in zijn boek over transseksualiteit zelfs een volledig hoofdstuk aan de mate waarin transseksualiteit een bedreiging vormt voor de symbolische functie van het recht, zoals met name uit de volgende passage blijkt:

“On voit à quel point la recomposition du sujet de droit est au centre de la question transsexuelle. Face à cette indétermination, le juge explore les réponses possibles à la crise du statut de l’individu en droit. En même temps qu’il préserve la dimension symbolique du droit menacé d’être envahi par des demandes imaginaires, il

1966 M. Iacub [1998], “Le couple homosexuel, le droit et l’ordre symbolique”, in: *Le crime était presque sexuel*, Parijs: Flammarion 2002, p. 356.

1967 Supiot 2005, p. 78.

prépare les aménagements possibles dans la réalité. [...] Ainsi se déploie le thème transsexuel au fil des jugements. L'entrée dans un monde symbolique suppose de laisser de côté le symptôme qui n'a de sens que pour un seul afin de rejoindre le monde des significations partagées par tous. La fonction symbolique du droit pour le sujet est la capacité de placer tout échange humain sous une loi qui l'engage à actualiser cette règle et situe chacun dans la réciprocité de cet échange. Si l'on se place hors de cette échange, la différence perdue – la division des sexes – peut entraîner en chaîne la perte de toutes les différences.<sup>1968</sup>

De onderscheidingen die deze juristen uit de antropologie afleiden, zoals het antropologische onderscheid van man en vrouw, worden op die manier tot juridische normen getransformeerd. Met andere woorden, de antropologie wordt *normgevend*, hoewel zij net als de psychologische wetenschap berust op een *beschrijving* van menselijk gedrag. Het eigenaardige van deze benadering is dat de antropologie en psychoanalyse tot bronnen van normering en regulering worden verheven. Een dergelijke incorporatie van deze disciplines in het recht is in meerdere opzichten problematisch.

Voorop staat dat de antropologische of psychoanalytische beschrijvingen van de mens niet als algemene richtlijnen voor gedrag kunnen fungeren. Door zich te beroepen op antropologische of psychoanalytische 'waarheden' of 'structuren', maken deze juristen zich schuldig aan een eigentijdse variant van de naturalistische drogredenering. Uit het feitelijk functioneren van de mens, zoals beschreven in de sociale wetenschappen, de psychologie of de antropologie, kunnen geen normen voor menselijk handelen worden afgeleid. Gesteld dat het als jurist mogelijk zou zijn de feitelijke inhoud van de symbolische orde vast te stellen, en de antropologische categorieën bloot te leggen, dan volgt daaruit nog niet de norm dat wij ons moeten gedragen volgens deze wetmatigheden en categorieën.

De argumenten die men op deze manier aan de symbolische orde ontleent doen in een aantal opzichten denken aan de argumenten waarop Lord Devlin zich destijds beriep in zijn vermaarde pleidooi voor strafbaarstelling van homoseksueel gedrag. Voor Devlin staat voorop dat het recht een taak heeft te vervullen bij de bescherming van de publieke orde en moraal. Zodra gedrag afwijkt van de heersende moraal, komt daarmee het voortbestaan van de gemeenschap in het geding. Om die reden vormt de al dan niet rationele afkeer die de gemiddelde burger zou koesteren van homoseksualiteit, voldoende basis om homoseksualiteit te criminaliseren, zo stelt Devlin. Met andere woorden, homoseksualiteit is een bedreiging voor het voortbestaan van de gemeenschap, aangezien zij strijdig is met de bestaande morele tradities.

Een eerste gelijkenis tussen Devlins en Legendres positie is dan ook dat het recht volgens hen beiden dient bij te dragen aan de instandhouding van een

---

1968 Salas 1994, p. 128.

bepaalde orde, of het nu een publieke of een symbolische orde is. De taak van het recht is mede gelegen in de conservering van de bestaande orde. Een tweede gelijkenis kunnen we afleiden uit Dworkins kritiek op Devlin. Dworkin stelt dat zelfs als we er vanuit gaan dat de samenleving in haar recht staat om via het recht een moraal van de meerderheid uit te dragen, Devlins argumentatie nog moet falen. De reden is dat Devlin volgens hem vertrekt vanuit een misplaatst begrip van publieke moraal: “What is shocking and wrong is not [Lord Devlin’s] idea that the community’s morality counts, but his idea of what counts as the community’s morality.”<sup>1969</sup> Daartoe maakt Dworkin een onderscheid tussen twee mogelijke visies op wat we verstaan onder een moreel standpunt: een moreel standpunt in *antropologische* en *onderscheidende* zin. Wanneer men van een moreel standpunt in antropologische zin spreekt, kan men volstaan met een beschrijving van de heersende opvattingen onder de bevolking, of zij nu met goede argumenten kunnen worden onderbouwd of niet. Het is dit antropologische begrip van moraal dat Devlin volgens Dworkin ten onrechte als uitgangspunt neemt, wanneer hij stelt de publieke moraal van politiek en juridisch belang is. Een dergelijk begrip van moraal is problematisch, omdat ook vooroordelen, emotionele reacties, of valse voorstellingen aan deze moraal in antropologische zin ten grondslag kunnen liggen. In plaats daarvan mag de wetgever slechts rekening te houden met de publieke moraal in de onderscheidende zin. Dat wil zeggen, het geheel van morele standpunten dat gefundeerd is op rationele en verdedigbare argumenten. Met andere woorden, volgens Dworkin mag de publieke moraal een rol spelen bij de totstandkoming van wetgeving. Deze publieke moraal komt echter niet overeen met wat op dat moment, antropologisch observeerbaar, de heersende opvattingen zijn, maar moet kunnen worden getoetst op haar consistentie en onderliggende argumentatie.

Dworkins kritiek is eveneens toepasselijk op Legendres redenering. In Legendres interpretatie van de antropologische functie van het recht lijken de morele standpunten in antropologische zin op dezelfde manier te fungeren als in Devlins benadering. Of de bezwaren tegen het geregistreerd partnerschap van homoseksuelen nu gefundeerd zijn op goede argumenten of niet, aangezien dit partnerschap een bedreiging vormt voor de bestaande antropologische categorieën, dient zij volgens Legendre niet te worden erkend.

Een daarmee samenhangend bezwaar is dat Legendres benadering “fait apparaître le droit comme une science causale et non plus comme un ordre normatif”.<sup>1970</sup> Met andere woorden, een dergelijke toepassing van de psychologie op het recht berust op een verwarring van twee registers. De zogenaamde antropologische wetmatigheden en psychologische mechanismen worden getransponeerd naar het recht om als juridische wetten te functioneren. Op die manier komt het recht

1969 R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard University Press 1978, p. 255.

1970 Iacub [1998] 2002, p. 356.

in dienst te staan van vermeende, ‘tijdloze’, psychologische en antropologische wetmatigheden. Bij gevolg is het risico van verstarring en conservatisme groot. De benaming die Legendre zelf ook wel aan zijn benadering meegeeft is op dat punt veelzeggend: “anthropologie dogmatique.”<sup>1971</sup> Een potentieel gevaar bij het benoemen en duiden van de symbolische functie van het recht is dat het dogmatische gezichtspunt van Legendre en zijn geestesverwanten “dogmatisch” wordt in de negatieve betekenis van het woord. Dat wil zeggen, conservatief, rigide en in het uiterste geval zelfs repressief.

Dat risico wordt verder vergroot doordat de symbolische orde door deze denkers wordt uitgelegd als een statisch geheel. De dynamiek en onvoorspelbaarheid van het symboliseringsproces verdwijnen uit het zicht. Dat symbolische categorieën, binnen en buiten het recht, niet tijdloos of statisch zijn, maar evolueren in de tijd, kan geschetst worden aan de hand van het homohuwelijk. In tegenstelling tot Legendres stelling dat het homohuwelijk of de PACS getuigen van een desymbolisering van het recht, betoogt Pessers dat zij juist een resymbolisering van menselijke verhoudingen tot stand brengen. Vanuit het oogpunt van symbolisering kan het homohuwelijk “als een sociale en juridische verworvenheid worden opgevat. Het beschermt immers liefdesbanden, brengt families bijeen en bevordert de sociale integratie”.<sup>1972</sup>

Sterker nog, alleen al uit de hevige debatten over de biomedische technieken blijkt dat juridische symboliseringsprocessen allerm minst eenduidig zijn of op voorhand vastliggen. De symbolisering van het embryo, donororganen of genetisch materiaal nodigt juist uit tot discussie. Beschreven is hoe in dit debat met name artificialisten en realisten tegenover elkaar staan. Wie heeft het bij het rechte eind? Zijn Legendre en Supiot christelijke, homofobe reactionairen, zoals sommige artificialisten insinueren? Of zijn Iacub en Cayla doorgeslagen transhumanisten, die de bestaande betekenissystemen per definitie onderdrukkend vinden, en iedere nieuwe techniek blindelings omarmen? De waarheid ligt waarschijnlijk ergens in het midden. Wat men in ieder geval naar aanleiding van deze debatten kan concluderen, is dat de symbolische bemiddeling die in het recht tot stand komt geen verlengstuk is van veronderstelde antropologische of psychologische gegevens, maar het resultaat vormt van een betwist proces van betekenisverlening. Door een naturalistische voorstelling van zaken wordt de meerduidigheid en betwistbaarheid van het symboliseringsproces gemaskeerd. Daarmee dreigt men uit het oog te verliezen dat de grenzen die we in biojuridische kwesties trekken, en de symbolische categorieën die we tot stand brengen, uiteindelijk wel degelijk op rechtspolitieke keuzen berusten.

Maar niet alleen de symbolische orde wordt in een dergelijke interpretatie gereïficeerd. Deze starre interpretatie van de symbolische orde heeft eveneens

1971 Zie hierover met name hoofdstuk 2, “Anthropologie dogmatique. Définition d’un concept,” uit Legendre 1999, p. 75-108.

1972 Pessers 2003b, p. 66.

haar weerslag op de invulling van het symbolisch-juridisch persoonsbegrip. De persoon in het recht wordt teruggebracht tot een antropologisch en psychologisch gedetermineerd wezen. Voor zelfbeschikking blijft er dan weinig ruimte over: de mens is immers vanuit dit determinisme bezien vooral het product van bestaande structuren. Die structuren staan niet tot de vrije beschikking van het individu, maar beschikken omgekeerd juist over het individu.

Deze psychologische en antropologische reïficatie van het juridisch persoonsbegrip illustreert bovendien in bredere zin hoe ook bij de symbolisch-juridische begeleiding van nieuwe biomedische hybriden het risico van een *verstening* en *naturalisering* van het mensbeeld dreigt. Dat wil zeggen, de tendens om het begrip van de menselijke persoon en de menselijke waardigheid niet als symbolische, menselijke constructies te zien, maar als de reflectie van een bovenmenselijke werkelijkheid, zoals de empirische of een hogere werkelijkheid. In hoofdstuk 7 kwam dit mechanisme aan de orde in de beschrijving van de biologisering van het recht. In dat kader werd vervolgens de menselijke waardigheid beschreven als een beginsel dat moet beschermen tegen een dergelijke biologistische verstening van de mens. Opvallend is dat nu echter ook bij de interpretatie van de menselijke waardigheid het gevaar van verstarring dreigt. Dat wil zeggen, het gevaar dat de menselijke waardigheid en persoon tot massieve, absolute en starre begrippen verworden, waartegen het individu geen enkel verzet kan aantekenen. De menselijke natuur waarnaar wordt verwezen in het biorecht wordt in een dergelijke gedachtegang geacht geen menselijke constructie te zijn, maar een soort bovenmenselijke waarheid, waarbij een ieder zich heeft neer te leggen. Op dat moment heeft het recht, en in dit geval de menselijke waardigheid,

“zelf de plaats van de werkelijkheid ingenomen, in plaats van zich te zien als een interpretatie. [...] Dat brengt mee dat het geen andere visies op de werkelijkheid, geen andere interpretaties van de werkelijkheid meer toestaat: het censureert, er is geen ander verhaal over de werkelijkheid meer mogelijk. Er is een dominant weten ontstaan dat alle vormen van weten verdrukt en zelfs voor onbestaanbaar verklaart: een versteende wereld!”<sup>1973</sup>

We stuiten hier op wat men de paradox van het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid zouden kan noemen. Het recht tracht via het beginsel van de menselijke waardigheid verzet te bieden tegen de biologisering en verstening van het recht en het juridisch persoonsbegrip. De mens van het recht is meer dan zijn lichaam, meer dan zijn vlees en bloed. Op die manier kan de menselijke waardigheid als een poging worden gezien om deze meerwaarde van de mens, zijn *irréductibilité*, tot uitdrukking te brengen. Nu men als gevolg van de biomedische ontwikkelingen een reductie van de mens tot zijn biologische constitutie vreest, wordt de menselijke waardigheid ingezet om de meerduidigheid van de mens tot

---

1973 't Hart 1991, p. 42-43.

uitdrukking te brengen. Deze poging tot een contrafactische benadering van de mens in het recht dreigt nu zelf uit te monden in een versteend mensbeeld. De menselijke waardigheid moet als juridisch beginsel beschermen tegen de reductie van de mens tot ding, koopwaar, instrument, dier, enz., maar loopt het risico bij vergaande invulling en concretisering zelf op een gereduceerd en gereificeerd mensbeeld te gaan berusten.

Deze verstening van de symbolisch-juridische persoon kan op grond van de “princiële onbepaalbaarheid” van het juridisch persoonsbegrip, zoals in het werk van Glastra van Loon, Foqué en ’t Hart is gethematiseerd, worden benoemd en bekritiseerd. Slechts op die manier blijven de symbolisch-juridische constructies en de juridische interpretaties van de menselijke waardigheid die ter regulering van de medische biotechnologie tot stand worden gebracht, bespreekbaar. Kortom, de principiële onbepaalbaarheid van de mens vormt een onmisbare, rechtstheoretische aanvulling op de symboliserende taak die het recht vervult bij de normering van biomedische ontwikkelingen. Bij gevolg staat het symbolisch-juridisch persoonsbegrip in het teken van een dialectiek tussen een positieve en een negatieve duiding van de symbolische dimensie van het recht en de menselijke waardigheid.

## 8.9 De inherente dialectiek van het symbolisch-juridisch persoonsbegrip

### 8.9.1 *Tussen artificialisme en realisme*

In de vorige paragraaf is stilgestaan bij de verschillende valkuilen waarvoor de jurist moet waken bij de uitwerking van de symbolische functie van het recht. Die valkuilen bleken vooral naturalistisch van aard. Hoewel met het juridisch begrip van de menselijke waardigheid en de menselijke persoon wordt beoogd de menselijkheid van de mens een plaats in het recht te geven, en deze begrippen daarmee dicht bij de geleefde werkelijkheid staan dan het technisch-juridisch persoonsbegrip, blijven zij symbolisch-juridische constructies, die niet met de geleefde werkelijkheid van de mens moeten worden verward. Onder invloed van de structuralistische antropologie en psychoanalyse dreigt in de discussies over de antropologische functie van het recht het artificiële karakter van deze begrippen naar de achtergrond te verdwijnen. Het resultaat is een interpretatiecode die haar eigen herkomst en geconstrueerde aard maskeert. Het gevaar van een dergelijke naturalisering is met name in het werk van ’t Hart en Foqué treffend verwoord. Door de werkelijkheidspretentie die aan een naturalistische en essentialistische lezing van de menselijke waardigheid ten grondslag ligt, wordt de mogelijkheid van andere lezingen bij voorbaat uitgesloten. Dergelijke interpretaties monopoliseren de waarheid en werkelijkheid over de mens, en wel op zo’n manier dat de persoonlijke inbreng van de interpretator wordt verhuld. Bovendien is een

dergelijke voorstelling van zaken anti-democratisch, aangezien op die manier de politieke aspecten van de biomedische ontwikkelingen aan het zicht worden onttrokken. In die zin wijzen artificialisten terecht op de conservatieve inslag en verborgen ideologie van sommige denkers die zich bezighouden met de antropologische functie van het recht.

Toch eindigt dit onderzoek niet met een omhelzing van het artificialistisch gedachtegoed. Reeds in hoofdstuk 6 is het tekort van deze rechtstheoretische stroming uit de doeken gedaan. Het voornaamste punt van kritiek is dat het recht niet, zoals de artificialisten beweren, één grote fictie is die volledig is losgesneden van de biologische werkelijkheid. In het huidige recht, en dan met name het biorecht, tracht men via concepten als de menselijke waardigheid wel degelijk een verbinding te leggen tussen de juridische persoon en de mens in de lichamelijke aspecten van zijn bestaan. De juridische symbolisering van biologische grenzen en biomedische hybriden die op die manier tot stand wordt gebracht, kan binnen de kaders van het artificialistische gedachtegoed niet worden geconceptualiseerd of geanalyseerd. Kortom, blijkens de positivering van concepten als respect voor menselijk leven en de menselijke waardigheid, en blijkens de voortgaande ontwikkelingen in het biorecht, heeft het recht, in tegenstelling tot wat artificialisten beweren, een symbolische, humaniserende functie op zich genomen.

Daarmee is niet gezegd dat het recht deze humaniserende of symbolische functie van nature zou hebben. De geschiedenis laat zien hoe de juridische categorie van de persoon zodanig kan worden uitgehold, dat bepaalde groepen mensen er geen enkele beschermende kracht meer aan kunnen ontleen. Bovendien zijn er tal van wettelijke voorschriften te bedenken waarin nauwelijks sporen van symbolisering te herkennen zijn (beleidsregels, competentievoorschriften, etc.).

Evenmin vormt het juridisch symboliseringsproces het verlengstuk van een vaststaande, hogere orde, zoals sommige realisten lijken te stellen.<sup>1974</sup> Hoewel de diepgravende beschouwingen van de rechtswetenschappers als Supiot en Legendre ons in staat stellen de huidige juridische symboliseringspraktijk te analyseren – zoals mede blijkt uit de veelvuldige verwijzingen naar hun werk in dit onderzoek – is hun suggestie dat de symbolische bemiddeling die het recht tot stand brengt noodzakelijkerwijs bepaalde patronen volgt misleidend. Een dergelijke naturalistische benadering staat uiteindelijk, zoals uit de vorige paragraaf bleek, aan een objectieve analyse van het recht, en een constructieve bijdrage aan de rechtswetenschap in de weg.

Aangezien op die manier zowel de artificialistische als de realistische benadering op belangrijke punten gebreken vertonen, laat de vraag zich stellen welke plaats het symbolisch-juridisch persoonsbegrip dan wel in het recht inneemt. In

<sup>1974</sup> Zo wordt in het werk van Legendre en Supiot veelvuldig gebruik gemaakt van hoofdletters, zoals “le Droit”, “l’Interdit” en “la Raison”, hetgeen een indicatie vormt van hun essentialistische rechtsopvatting.

deze slotparagraaf wordt stilgestaan bij de uitdaging waar het symbolisch juridisch persoonsbegrip de jurist voor stelt. Daarbij zal blijken dat het spanningsveld tussen het realisme en artificialisme in het symbolisch-juridisch persoonsbegrip niet volledig is uit te bannen. In bredere zin kan men stellen dat de menselijke waardigheid en het symbolisch-juridisch persoonsbegrip zijn getekend door dezelfde principiële ambivalentie die het menselijk bestaan kenmerkt. Dit persoonsbegrip en de menselijke waardigheid worden op meerdere niveaus door een onophefbare en principiële dialectiek gekenmerkt. Dat maakt de juridische uitwerking van de menselijke waardigheid ten behoeve van de normering van de biomedische praktijk tot geen gemakkelijke taak.

### 8.9.2 *Tussen recht en politieke moraal*

In dit onderzoek is op verschillende manieren beschreven en geanalyseerd hoe in het recht een symbolische dimensie werkzaam is. Via analyses van het positieve recht zijn verschillende manifestaties van de symbolisch-juridische benadering aan de orde gesteld. Betoogd is dat men bij een analyse van het geldende biorecht niet om het symbolisch-juridische persoonsbegrip heen kan. De regulering in kwestie gaat voor een groot deel voorbij aan vraagstukken van verdelende rechtvaardigheid of subjectieve rechten. Zij berust daarentegen in belangrijke mate op een juridisch denkkader waarin het menselijke leven in biologische zin in symbolische termen wordt geduid.

Dat het biorecht een symbolische dimensie kent, blijkt alleen uit het feit dat de menselijke waardigheid het centrale beginsel in deze context vormt. Met de juridische erkenning van de menselijke waardigheid is evenwel niets gezegd over de concrete manier waarop het recht de biologische grenzen en categorieën zou moeten bemiddelen. We hebben gezien dat er meerdere interpretaties en lezingen van symbolische categorieën als de menselijke waardigheid en de menselijke persoon mogelijk zijn. Welke interpretatie de beste zou zijn of de definitieve lezing van de menselijke waardigheid behelst, is daarmee geenszins gezegd.

De betwistbaarheid van de verschillende interpretaties van de menselijke waardigheid ligt reeds besloten in het feit dat het juridisch begrip van de menselijke persoon een symbolische constructie vormt. Het beginsel van de menselijke waardigheid vloeit niet voort uit een vaststaande, hogere werkelijkheid, maar is een symbolisch-juridische voorstelling van de mens die met vallen en opstaan in het recht tot stand is en wordt gebracht. Wat dat betreft kan het recht als onderdeel van de symbolische orde worden opgevat. Maar met de omschrijving van het recht als een symbolische orde is niets gezegd over de inhoud of vormgeving van die orde. Dit etiket drukt geen specifieke waarden uit. Aan de symbolische orde kan men geen gezag ontleen om inhoudelijke uitspraken te doen over morele of politieke kwesties, zoals Legendre deed met betrekking tot het geregistreerd partnerschap. Zaoui vat het treffend samen:



“L'ordre symbolique [...] n'est donc pas un discours particulier mais l'ordre de tout discours, non tel interdit particulier mais l'ordre de la prohibition et de la prescription, non pas un mythe particulier mais l'ordre des mythes.”<sup>1975</sup>

Met andere woorden, uit de vaststelling dat het recht een symbolische orde is of een symbolische dimensie heeft, volgt nog geen antwoord op de vraag welke inhoud die symbolische dimensie zou moeten hebben. Welke concrete symbolische bemiddeling men in het recht tot stand brengt ligt niet op voorhand vast, laat staan dat het uit een bepaalde conceptie van de symbolische orde zou voortvloeien. De menselijke waardigheid is weliswaar de centrale categorie bij de symbolisering van biomedische hybriden, maar hoe zij wordt geïnterpreteerd en toegepast op de medische biotechnologie, kan niet worden afgeleid uit een vaststaande of hogere werkelijkheid. Het recht heeft ook op het terrein van de menselijke waardigheid geen onmiddellijke of onveranderlijke waarheden te bieden.

De symbolisering van biomedische hybriden, en het totstandbrengen van het *imaginaire social*, van nieuwe ficties, kan daarom beter worden opgevat als een politiek-cultureel proces, dat zich niet uitsluitend binnen de juridische wereld voltrekt, maar onlosmakelijk is verbonden met maatschappelijke ontwikkelingen.<sup>1976</sup> De jurist bevindt zich bij deze open en dynamische betekenisverlening in het gezelschap van onder meer politici, ethici, belangengroeperingen en medische wetenschappers. Met andere woorden, de jurist opereert, met name bij de interpretatie van de menselijke waardigheid, niet in een maatschappelijk vacuüm.

Dat betekent niet dat het recht volledig opgaat in het bestaande maatschappelijke krachtenveld. Wanneer wordt ontkend dat het recht een eigen positie te vervullen heeft bij de regulering van de biomedische ontwikkelingen, wordt het recht in feite beschouwd als een leeg denkkader zonder eigen waarden en beginselen. Het recht is in die visie uitsluitend een instrument van strijdende belangengroeperingen, en gaat op die manier ten onder in biopolitieke machtsmechanismen. In dit onderzoek is de stelling verdedigd dat het recht daarentegen een bijzondere bijdrage heeft te leveren aan het humaniseringsproces. Deze autonome, bemiddelende functie van het recht is vooral zichtbaar bij de juridische normering van biomedische technieken.

Met andere woorden, dat het recht op dit terrein deel uitmaakt van bredere ontwikkelingen wil niet zeggen dat de jurist geen eigen bijdrage aan het maatschappelijk symboliseringsproces van biomedische technieken te leveren zou hebben. Dat is wel de conclusie die De Béchillon, Thomas en Cayla trekken. Volgens hen moet de jurist zich in kwesties als de *Perruche*-zaak volledig afzijdig houden van beschouwingen over de betekenis van symbolische categorieën en

1975 P. Zaoui, “L'ordre symbolique: au fondement de quelle autorité?”, *Esprit* maart-april 2005, p. 231.

1976 Latour beschrijft dit politieke symboliseringsproces, en de verschillende taken en beroepsgroepen die het veronderstelt, uitgebreid in zijn *Politiques de la nature* (1999).

begrippen. Zij stellen dat de kritiek van rechtsgeleerden die het manifest van Labrusse-Riou en Mathieu hebben ondertekend niet juridisch van aard is. Inderdaad kan men zich afvragen of het wel aan de jurist is om zich uit te laten over kwesties die het symbolisch mensbeeld betreffen. Behoort het tot de juridische expertise om uitspraken over de mensheid en menselijke waardigheid te doen? Bovendien kan men het vanuit democratisch oogpunt betreuren dat de jurist zich mengt in besluitvorming die eigenlijk toebehoort aan het politiek domein.

Wenselijk of niet, de interpretatie van categorieën als de menselijke waardigheid, de menselijke persoon en respect voor menselijk leven is, gegeven de positivering van die begrippen in het recht, wel degelijk mede in handen van de rechter en de rechtswetenschapper komen te liggen. Deze van origine ethische concepten zijn onmiskenbaar deel van het recht geworden, zodat ook zij het object van juridische reflectie dienen te vormen. Een bijkomende factor is dat de rechter in de praktijk gedwongen wordt de wetgever voor te gaan bij de besluitvorming over ethisch beladen onderwerpen. Goede voorbeelden zijn de regulering van abortus en euthanasie: pas nadat een uitgebreide jurisprudentie was ontwikkeld, kwam de wetgever in actie.

Het resultaat is dat de nationale rechter in kwesties als *wrongful life* en *birth* en de Europese rechter bij de interpretatie van verdragsbepalingen het concept van menselijke waardigheid tot verdere ontwikkeling brengen. Gezien de toenemende invloed van het beginsel van de menselijke waardigheid op de rechtsvorming is eveneens een taak voor de rechtswetenschapper op dit terrein weggelegd. In de woorden van Nieuwenhuis “bestrijkt het begrip ‘menselijke waardigheid’ een zeer uitgestrekt, grotendeels braakliggend, terrein dat snakt naar de ploeg van rechtsgeleerd onderzoek”.<sup>1977</sup> Kortom, dat de jurist zich met de interpretatie van de menselijke waardigheid gedeeltelijk op politiek en ethisch terrein begeeft, is inherent aan het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid. Op het terrein van de menselijke waardigheid vervloeit het recht met afwegingen van politieke en ethische aard.

Dat er sprake is van invloed vanuit de ethiek en politiek op het begrip van de menselijke waardigheid, betekent niet dat bij de juridische interpretatie van de menselijke waardigheid alles geoorloofd zou zijn. De jurist volgt bij de inkleuring van dit beginsel niet de politieke waan van de dag, noch heeft hij dezelfde beleidsvrijheid als de wetgever. Dat de jurist, ook wanneer hij zich over het concept van de menselijke waardigheid buigt, zich geen politiek maar een juridisch oordeel aanmeet, kan aan de hand van Dworkins rechtsvindingstheorie worden betoogd. Overigens, hoewel Dworkins beschouwingen zijn gericht op de rechter, zijn zij op dit punt evenzeer toepasselijk op de rechtswetenschapper die zich aan een interpretatie van de menselijke waardigheid waagt.

1977 J.H. Nieuwenhuis, “Hinkelspel rond de boom der kennis van goed en kwaad”, in: J.H. Nieuwenhuis, *Waar toe is het recht op aarde?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006 (ook verschenen in: J.H. Nieuwenhuis en C. Stolker, *Vooruit met het recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006), p. 28.

In *Taking rights seriously* wijdt Dworkin een passage aan de rechterlijke interpretatie van het beginsel van menselijke waardigheid. Deze beschouwing maakt deel uit van een paragraaf waarin Dworkin ingaat op het bezwaar tegen zijn rechtsvindingstheorie dat de rechter in *hard cases* al gauw op de stoel van de wetgever gaat zitten. Dworkin gebruikt als voorbeeld de rechtspraak over de toelaatbaarheid van abortus. Volgens critici gaat Dworkins fictieve rechter Hercules in dergelijke lastige zaken de taak die hem in een democratische rechtsstaat toekomt te buiten, en is het rechterlijk oordeel dan onvermijdelijk politiek gekleurd. Dworkin tracht deze kritiek op verschillende manieren te weerleggen.

In de eerste plaats geeft hij toe dat een oordeel over de betekenis van de menselijke waardigheid in de context van abortus onvermijdelijk politiek gekleurd is.<sup>1978</sup> Desondanks is er nog altijd sprake van een juridische, rechterlijke uitspraak, en kan de rechter in dergelijke gevallen niet met een beleidsmaker worden vergeleken, zo stelt Dworkin. De manier waarop politieke moraal werkzaam is in het rechterlijk oordeel verschilt wezenlijk van de manier waarop politieke moraal doorwerkt bij de beleidsafwegingen van de wetgever, ook wanneer het de rechterlijke interpretatie van omstreden concepten als de menselijke waardigheid betreft. De rechter zal zich volgens Dworkin beroepen op een interpretatie van de menselijke waardigheid die het best past bij het bestaande recht en die, gezien in het licht van de onderliggende politieke moraal van het bestaande rechtssysteem, daar de best mogelijke rechtvaardiging van geeft. Toegepast op het door Dworkin gekozen voorbeeld van abortus, betekent dit dat de rechter zich, in tegenstelling tot de wetgever, niet dient te laten leiden in zijn oordeel door wat de meerderheid van de bevolking over de toelaatbaarheid van abortus vindt. De rechter houdt zich idealiter ook bij de interpretatie van een vaag beginsel als de menselijke waardigheid met een rechtsvraag bezig, en niet een beleidsvraag. Daarbij dient niet de mening van het electoraat, de heersende politieke partijen of de man in de straat de doorslag te geven, maar wordt de juiste interpretatie in wezen reeds door het bestaande recht geïmpliceerd. Bovendien stelt Dworkin dat de rechter beter in staat is te oordelen over de juridische betekenis van de menselijke waardigheid dan de gemiddelde burger of de wetgever:

“It does not follow from the fact that the man in the street disapproves of abortion, or supports legislation making it criminal, that he has considered, whether the concept of dignity presupposed by the Constitution, consistently applied, supports his political position. That is a sophisticated question requiring some dialectical skill, and though that skill may be displayed by the ordinary man when he self-consciously defends his position, it is not to be taken for granted that his political

1978 “It would be silly to deny that this is a political decision, or that different judges, from different subcultures, would make it differently” (Dworkin 1978, p. 127).

preferences, expressed casually or in the ballot, have been subjected to that form of examination.”<sup>1979</sup>

Dat neemt niet weg dat ook in juridische kringen de meningen over de betekenis van de menselijke waardigheid verdeeld zijn. Men is het er vooralsnog slechts over eens dat de menselijke waardigheid binnen het recht een centraal beginsel vormt, hoewel zelfs dat door een aantal artificialisten wordt betwist. Over de inhoud en betekenis van het begrip bestaan hoofdzakelijk twee verschillende visies, zo hebben we in dit onderzoek gezien, die in de meeste gevallen met elkaar in overeenstemming zijn en elkaar ondersteunen, maar in kwesties die het lichaam betreffen tot tegengestelde resultaten kunnen leiden.

Het bestaan van deze conflicterende interpretaties van de menselijke waardigheid sluit goed aan bij de these van de Critical Legal Studies (CLS) beweging dat het recht op onverenigbare en tegengestelde beginselen berust. Die juridische incoherentie en innerlijke tegenstrijdigheid is volgens CLS een weerspiegeling van de ideologische strijd in de politieke arena. Scherpe grenzen tussen recht en politiek zijn zo bezien illusoir. Vanuit het perspectief van CLS zal een rechterlijk oordeel, en al helemaal op het omstreden terrein van het biorecht, onvermijdelijk politiek gekleurd zijn.

Of er nu een juiste, juridische interpretatie van menselijke waardigheid bestaat of dat dit begrip *essentially contested* is, duidelijk is dat de menselijke waardigheid een dermate polyinterpretabel en ethisch en politiek beladen begrip vormt, dat de jurist ervoor dient te waken zijn persoonlijke politieke en ethische overtuigingen de juridische inkleuring van het begrip te laten beïnvloeden. De menselijke waardigheid verwordt gemakkelijk tot een projectiescherm van persoonlijke ideologieën.

In zekere zin geldt dat echter voor het hele proces van rechtsontwikkeling. Wil rechtsontwikkeling mogelijk zijn, dan kan de jurist noch geheel gebonden zijn aan de letter van de wet, noch geheel vrij zijn bij het tot stand te brengen van nieuw recht. De debatten over de betekenis van de menselijke waardigheid leggen wat dat betreft slechts de manier bloot waarop de jurist altijd op het grensvlak tussen geldend recht en politieke moraal opereert. Ofwel, de inherente meerduidigheid van het recht treedt in het debat over de menselijke waardigheid duidelijker aan het licht dan op andere terreinen.

### 8.9.3 Tussen bepaalbaarheid en onbepaalbaarheid

Doordat de poging tot een positieve bepaling en uitwerking van de menselijke persoon onvermijdelijk een proces van *trial and error* is, biedt de negatieve benadering van de mens, waarin de mens als ruimte in het recht wordt opgevat, een

---

<sup>1979</sup> Dworkin 1978, p. 129.

onmisbare aanvulling op dit symboliseringsproces. Daarmee komen we bij een volgende vorm van dialectiek die typerend is voor de ontwikkeling van het symbolisch-juridisch persoonsbegrip. Zodra de interpretatie van de menselijke waardigheid en persoon dreigt uit te monden in een onderdrukkend en deterministisch mensbeeld, kan een beroep op de fundamentele onbepaalbaarheid van de mens, zoals zij naar voren komt in het werk van Glastra van Loon, Foqué en 't Hart, het evenwicht herstellen. Als voorbeeld kan wederom het interview met Legendre uit *Le Monde* dienen. Tegenover Legendres dogmatische benadering van het recht als onderdeel van bestaande antropologische en psychoanalytische structuren kan 't Harts benadering van het "recht als schild van Perseus", zoals de titel van zijn boek luidt, worden gesteld:

"Tot de specifieke problematiek van de jurist behoort in deze visie de spanningsverhouding tussen enerzijds het recht als een naar toenemende eenduidigheid neigende interpretatiecode en anderzijds de voor het recht als bemiddeling noodzakelijke openheid voor het andere verhaal, voor de alteriteit, voor de door het dominante werkelijkheidsbeeld verdrukte en gecensureerde werkelijkheidsinterpretaties. Juist daar heeft het recht, in zijn positieve en beschermende functie, behoefte aan andere soorten van weten dan de juridisch-dogmatisch, dat het juridische kan bijstellen: want als het juridische weten dreigt meegezogen te worden in een proces van naturalisering van het eigen werkelijkheidsbeeld – wat uiteindelijk leidt tot een verzaking van de specifieke beschermende taak van het recht – kan het verhalende weten de verstarring nog ontregelen. De verstening van de wereld kan worden teniet gedaan en de Medusa van een totaal dominerende betekeniscode kan nog onthoofd worden door woorden te geven aan een verdrukte alteriteit, door het verwoorden van een ander perspectief, van een andere werkelijkheid: door het aanschouwen van de reflectie op het bronzen schild van Perseus."<sup>1980</sup>

Deze inherente dialectiek van het recht tussen naturalisering en artificialisering, tussen eenduidigheid en meerderheid, en tussen verstarring en vervloeiing, is nergens zo evident als bij de juridische uitwerking van de menselijke waardigheid. Omdat de menselijke waardigheid niet minder dan de hoogste waarde van de rechtsorde betreft, bestaat er juist bij dit beginsel een tendens haar niet als een menselijke constructie op te vatten, maar als een bovenmenselijk gegeven. Het beginsel van de menselijke waardigheid raakt op die manier genaturaliseerd. De gevolgen van een dergelijke naturalisering zijn in 8.8 onder de loep genomen.

Deze interne dialectiek maakt dat de jurist zich met de ontwikkeling van het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid op een onzeker en glibberig pad begeeft waarvan de eindbestemming onbekend is. Meerdermalen is aan bod geweest hoe het symbolisch-juridisch mensbeeld een menselijke constructie

---

1980 't Hart 1991, p. 53-55.

vormt die aan een bepaalde tijd en plaats is gebonden. Elementen van de geschiedenis en evolutie van dat persoonsbegrip zijn in dit onderzoek op verschillende plaatsen aan de orde geweest. Tevens is duidelijk dat de opkomst van de medische biotechnologie een nieuwe fase in de geschiedenis van de juridische persoon heeft ingeluid. Daarbij zijn nieuwe vormen van zowel desymbolisering (onder invloed van het biologisch-juridisch mensbeeld) als symbolisering (onder invloed van het symbolisch-juridisch persoonsbegrip) in gang gezet. De uitkomst van deze laatste (de)symboliseringsgolf is onbekend.

Wie tegenwerpt dat een dergelijk proces met een open einde bitter weinig zekerheid te bieden heeft, moet bedenken dat een bepaalde mate van onzekerheid inherent is aan het proces van rechtsontwikkeling en rechtsvinding. Het recht komt als interpretatief en discursief fenomeen niet in een vacuüm tot stand, en laat zich evenmin reduceren tot een aantal onveranderlijke wetmatigheden. Dworkins vergelijking van het proces van rechtsvinding met het schrijven van een kettingroman is op dat punt verhelderend. Aangezien het recht telkens verder wordt uitgebouwd en wat dat betreft permanent in wording is, kan het recht worden beschouwd als een voortgaand verhaal, waarvan het einde onbekend is. Tegelijkertijd werkt de jurist bij het uitbouwen en ontwikkelen van het recht niet in het luchtledige, maar dienen zijn acties te passen binnen het bestaande bouwwerk. Om die reden is rechtsvinding niet als het schrijven van een boek, waarbij de schrijver zijn verbeelding de vrije loop kan laten, maar kan rechtsvinding beter worden vergeleken met het schrijven aan een kettingroman, waarbij een ieders bijdrage alleen kan worden begrepen als onderdeel van een groter geheel. Latour spreekt in dat verband van “cette certitude intime partagée par tous les juristes, même les plus hostiles au droit naturel, qu’ils manipulent une matière qui les dépasse et à laquelle ils doivent rendre des comptes, sans rien ajouter qui soit transcendant à l’humble pratique”.<sup>1981</sup>

Met de ontwikkeling van het juridisch concept van de menselijke waardigheid is het niet anders. Ook in dit geval vormt het recht geen afbeelding van de werkelijkheid, maar “vertelt het recht een verhaal als werkelijkheid”<sup>1982</sup>: een verhaal over wat het betekent mens te zijn. Door middel van deze symbolische representatie van het menszijn draagt het recht bij aan een ieders persoonwording. De menselijke waardigheid maakt op die manier deel uit van “l’effort d’hominisation, ce lent travail de mémoire et de représentation pour construire symboliquement l’humanité”.<sup>1983</sup> Omdat het onmogelijk is het wezen van de mens definitief en volledig in woorden te vatten, is de ontwikkeling van het begrip van de menselijke waardigheid een stapsgewijs proces dat noodzakelijkerwijs onvolledig is.

1981 Latour 2002, p. 297.

1982 Foqué en 't Hart, p. 368.

1983 Delmas-Marty 1999, p. 92.

Aan de gedachte van het uitbouwen van het begrip van de menselijke waardigheid ligt een schijnbare tegenstrijdigheid ten grondslag. De menselijke waardigheid vormt een van de grondbeginselen van de rechtsorde, en volgens velen zelfs hét grondbeginsel. Zij is een van de laatste “restes de transcendence”<sup>1984</sup> in het recht, een waarde die de rechtsorde en het werk van de jurist overstijgt. Een dergelijk transcendent begrip leent zich slecht voor doelgerichte constructie. Tegelijkertijd is die constructie echter onvermijdelijk aangezien de menselijke waardigheid geen voorgegeven kwaliteit maar een symbolisch-juridisch bouwwerk vormt, zo is betoogd. De vraag wordt daarmee aan wat voor een taak de jurist zich waagt wanneer hij de menselijke waardigheid in jurisprudentie en rechtswetenschap tot verdere ontwikkeling brengt. Hoewel Glastra van Loons negatieve bepaling van de menselijke natuur (“de mens als ruimte in het recht”) niet kan fungeren als leidraad voor het biorecht (zie 8.6), is zijn visie op rechtsontwikkeling uiterst toepasselijk op de wijze waarop het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid zal moeten worden uitgebouwd:

“De ontwikkeling van het recht voltrekt zich niet als de uitwerking van een van hoger hand verstrekt raamproject, maar als de geleidelijke groei van een stad waarbij telkens een bestaand stratenplan met een bestaande bebouwing deel voor deel wordt herzien. Het is een proces van bouwen, verbouwen, afbreken en herbouwen, zonder dat men intussen een schuilplaats kan vinden onder een alles overkoepelelnd natuurrechtelijk tentdak.”<sup>1985</sup>

Dit juridische humaniseringsproces is ten gevolge van de opkomst van biomedische technieken in een stroomversnelling geraakt. Was de menselijke waardigheid eerst slechts een onderliggend beginsel, in het biorecht begint zij een zelfstandige bron van normering te worden. Nu de menselijke waardigheid rechtstreeks wordt ingezet bij de regulering van deze technologie, wordt de jurist gedwongen om tot een versnelde explicitering van dit hogere beginsel te komen.

Hoewel het een *contradictio in terminis* lijkt om te werken aan de verdere constructie van een seculier geloof, zonder dat dat geloof onder de wetenschap van deze geconstrueerde aard te lijden heeft, is dat precies wat de juridische theorie en praktijk rondom de menselijke waardigheid kenmerkt. Deze taakstelling wordt gekenmerkt door hetzelfde interne spanningsveld als Latours experimentele metafysica: het symbolisch mensbeeld overstijgt ons, en tegelijkertijd brengen we haar verder tot ontwikkeling.

In het verlengde hiervan zouden we met betrekking tot het juridisch humaniserings- en symboliseringsproces kunnen spreken van een *experimenteel natuurrecht*. Enerzijds kan de menselijke waardigheid als de hoogste waarde van de hedendaagse rechtsorde worden beschouwd. In dit constituerende beginsel ligt

1984 Delmas-Marty 1999, p. 105.

1985 Glastra van Loon 1980a, p. 53.

niet minder dan het doel en de richting van het rechtssysteem besloten. Anderzijds transcendeert dit hoogste beginsel het recht niet volledig: de menselijke waardigheid kan als juridisch beginsel slechts betekenis en invulling krijgen als onderdeel van de rechtspraktijk. Pas wanneer dit beginsel nader wordt uitgewerkt, geïnterpreteerd en verder ontwikkeld via toepassing op concrete gevallen, krijgt zij relevantie en inhoud. Met andere woorden, de menselijke waardigheid ligt ten grondslag aan het rechtssysteem, maar is er tegelijkertijd voor haar invulling en betekenis van afhankelijk. De betekenis van dit hogere beginsel ligt niet op voorhand vast, maar kan slechts op experimentele wijze nader vorm worden gegeven.

De idee van een experimenteel natuurrecht lijkt revolutionair, maar wordt reeds in de rechtspraak openlijk toegepast. Met name in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens worden de natuurrechtelijke beginselen die aan de basis van het EVRM staan, uitgelegd als deel van een dynamische juridische praktijk. Het behoort sinds het *Tyrer*-oordeel uit 1978 tot de standaardoverwegingen van het Hof om het Verdrag te beschrijven als een *living instrument*.<sup>1986</sup> Dat wil zeggen dat het Verdrag betekenis wordt gegeven in het licht van huidige ontwikkelingen en opvattingen. Het Verdrag evolueert dus met de maatschappelijke ontwikkelingen mee, ook al ligt aan het Verdrag de vooronderstelling ten grondslag dat deze hogere rechten en beginselen tijdloos zijn. Veelzeggend in dat opzicht is dat in het *Tyrer*-arrest de betekenis van artikel 3 EVRM centraal stond, ofwel het artikel dat wordt geacht de meest directe belichaming te zijn van het beginsel van de menselijke waardigheid in het Verdrag. Ook de betekenis van menselijke waardigheid is op die manier volgens het Hof onderhevig aan verandering.

Op dezelfde manier heeft het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid geen pasklare antwoorden te bieden op de uitdagingen waarvoor de medische biotechnologie de samenleving plaatst. Via tussenkomst van het symbolisch-juridische persoonsbegrip dat aan dit beginsel ten grondslag ligt, wordt de biomedische praktijk genormeerd en gehumaniseerd. Maar wat humanisering en menselijke waardigheid op dit terrein betekenen, is niet op voorhand duidelijk. Het symboliseringsproces kent een open einde, of beter gezegd, loopt nooit ten einde. Zoals aan de menselijke waardigheid de onherleidbaarheid van de mens ten grondslag ligt, zo kan het humaniseringsproces van de biomedische techniek niet worden herleid tot bepaalde wetmatigheden. De juridisch-symbolische betekenis die aan de biomedische verschijnselen wordt gegeven, kan niet worden afgeleid uit een voorgegeven bovenmenselijke of hogere werkelijkheid, maar vloeit voort uit een maatschappelijke en daarmee onvoorspelbare praktijk. Kortom, men brengt de menselijke waardigheid noodgedwongen op de tast tot verdere ontwikkeling.

<sup>1986</sup> EHRM 25 april 1978 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 31. Zie hierover ook 3.3.1.



Men zou zelfs kunnen stellen dat de dynamiek van de symbolische dimensie van het recht overeenkomt met de onvoorspelbaarheid die volgens Arendt eigen is aan de publieke sfeer van handelen. Die onvoorspelbaarheid vloeit ten eerste voort uit de pluraliteit van mensen die de publieke sfeer kenmerkt; en ten tweede is zij een reflectie van “the human capability to act – to start new unprecedented processes whose outcome remains uncertain and unpredictable whether they are let loose in the human or the natural realm.”<sup>1987</sup>

Zoals gezegd functioneert de anti-essentialistische visie op de juridische persoon, die in het werk van onder meer Glastra van Loon, 't Hart en Foqué ligt besloten, als een noodzakelijk tegenwicht bij de nadere uitwerking en inkleuring van de menselijke waardigheid. Dit open mensbeeld biedt bescherming tegen de mogelijk stollende en reïficerende effecten van bepaalde interpretaties van de menselijke waardigheid op het persoonsbegrip van het recht. Wanneer deze onbepaalbaarheid van de mens als uitgangspunt wordt gehanteerd, kan de persoon bovendien worden beschermd tegen aantastingen van zijn vrijheid die in naam van de menselijke waardigheid worden gerechtvaardigd. Op dit spanningsveld tussen autonomie en heteronomie, tussen individu en gemeenschap, wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

#### 8.9.4 *Tussen vrijheid en gebondenheid*

De heropleving van het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid die sinds de opkomst van de medische biotechnologie gaande is, heeft een nadere inkleuring van het symbolisch-juridisch persoonsbegrip teweeg gebracht. Met name de verhouding van het individu tot zijn lichaam wordt daarbij op juridisch vlak steeds verder vormgegeven. Het symbolisch mensbeeld dat zich op die manier begint af te tekenen kan echter strijdig zijn met het beeld dat het individu zelf van zijn lijf en leven heeft, zo bleek met name in hoofdstuk 3. Wanneer er sprake is van een dergelijke strijdigheid, kan in uiterste gevallen het collectieve mensbeeld van de menselijke waardigheid aan het individu worden tegengeworpen: de dwerg mag zich niet laten werpen, het slachtoffer mag zich na zijn dood niet door de kannibaal laten eten, en de masochist mag zich niet laten mishandelen. Ook al onttrekken deze subjecten zich willens en wetens aan de beschermende werking van het symbolisch-juridisch mensbeeld, toch kunnen zij van hun vrijwillige handelingen worden afgehouden. Deze individuen worden in naam van de menselijke waardigheid tegen zichzelf beschermd.

Ook in het biorecht zien we talloze inperkingen van de subjectieve vrijheid: het staat je niet vrij om je te laten kloneren, je lichaams- of voortplantingsmateriaal te verkopen, een designer baby te bestellen (verbod op kiembaangetherapie), een dierenorgaan te laten implanteren etc. Dit overheidspaternalisme is slechts ten

---

<sup>1987</sup> Arendt [1958] 1998, p. 231-232.

dele ter voorkoming van lichamelijk letsel. Een minstens zo belangrijke, als niet belangrijkere, factor betreft de bescherming van ons antropologische zelfbeeld. Dat zelfbeeld heeft in het recht de vorm aangenomen van het symbolisch-juridisch persoonsbegrip, ofwel het mensbeeld van de menselijke waardigheid, dat in dit hoofdstuk centraal staat. Ook wanneer de kloonertechniek is geperfectioneerd, en vanuit het oogpunt van de volksgezondheid veilig kan worden toegepast, zal het verbod op kloneren waarschijnlijk nog overeind blijven. De ‘schade’ die de wetgever ten gevolge van deze techniek vreest is niet tastbaar van aard, maar betreft de aantasting van de visie op de mens als uniek, vrij en gelijkwaardig. De angst bestaat dat als we alle biomedische technieken toelaten, de grenzen tussen mens en dier, mens en zaak en mens en koopwaar zullen verdwijnen. In dat verband wordt ook wel gesproken van “une destruction métaphysique,”<sup>1988</sup> en dus niet zozeer “physique”, waartegen het verbod op kloneren moet beschermen.

Via de antropologische functie van het recht tracht men in positieve termen, en dus niet slechts via verboden, uit te drukken waar dit antropologische mensbeeld op neerkomt. Het probleem van deze positieve weergave van de menselijke waardigheid in juridische zin is dat zij vergaande inperkingen van de vrijheden van het individu met zich mee kan brengen. Dergelijke inperkingen van de subjectieve vrijheid vragen om een extra kritische bestudering van de wijze waarop de menselijke waardigheid in deze vraagstukken wordt ingezet. De menselijke waardigheid kan worden misbruikt om bemoeienissen met het privé-leven van de burger te rechtvaardigen, en het individu in een bepaald keurslijf te dwingen. Bovendien is het gevaar van een expansieve biomacht van de overheid niet ver weg wanneer het gaat om de regulering van de lichamelijke sfeer.

De vraag laat zich daarom stellen in welke gevallen de menselijke waardigheid een inperking van de individuele vrijheden kan rechtvaardigen. Staat de menselijke waardigheid in het geval van bijvoorbeeld dwergwerpen op het spel? Of wanneer iemand zich laat kloneren? Persoonlijk ben ik geneigd te denken in het eerste geval niet, maar het tweede geval wel. Hoe kan ik, of een ieder ander, een dergelijk onderscheid echter rechtvaardigen? Bovendien, ligt de menselijke waardigheid juist niet ten grondslag aan de subjectieve vrijheden? Hoe kan zij dan tot inperkingen van die vrijheden leiden?

Auteurs als Haveman en Cayla betogen dat de uitleg die onder meer in de SM-arresten en het dwergwerp-arrest van de menselijke waardigheid wordt gegeven ongefundeerd is. In hun ogen staat een dergelijke beperkende interpretatie haaks op de strekking van de mensenrechten, en kan zij om die reden nooit geldig zijn. Menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie is volgens hen “gebak-

1988 Delmas-Marty in navolging van Jean Ladrière (zie Delmas-Marty 1999, p. 92).

ken lucht”<sup>1989</sup> met een hoog “abracadabra”-gehalte.<sup>1990</sup> Een dergelijke benadering is aantrekkelijk in het huidige liberale klimaat, maar ook gemakzuchtig. Hun poging het dilemma uit te bannen door een eenzijdige interpretatie van de menselijke waardigheid, gaat voorbij aan het inherente spanningsveld van dat begrip: een spanning tussen rechtssubject en rechtsgemeenschap, subjectieve rechten en objectief recht en vrijheid en gebondenheid. Binnen de menselijke waardigheid treedt de dialectiek tussen *het persoonlijkheids- en gemeenschapsbeginsel*, zoals Scholten dat in zijn *Rechtsbeginselen* noemt, vol aan het licht. Hij beschrijft deze dialectiek, die het hele rechtssysteem doortrekt, als volgt:

“Recht is de regel voor den mensch in gemeenschap. Daaruit vloeit voort, dat hij in het recht altijd aan de gemeenschap met anderen gebonden, daaraan onderworpen is, dat hij echter ook altijd een punt moet kunnen aanwijzen, waar de bevoegdheid der gemeenschap eindigt. In ieder beginsel stelt de mensch zich een ideaal, waarnaar hij streeft: in het beginsel der persoonlijkheid is het de vrijheid, in dat der gemeenschap de liefde. Alle zoeken van recht is een voortdurende strijd tusschen beide. Want ieder rechtsbeginsel heeft, omdat het zich aan ’s mensen geest als evident opdringt, de strekking onvoorwaardelijk zich te doen gelden, en ieder rechtsbeginsel wordt op een gegeven ogenblik teruggedrongen doordat een ander, dat op even onvoorwaardelijke gelding aanspraak maakt, zich er tegenover stelt. De verhouding is altijd een dialectische, de beslissing nooit met de beginselen gegeven.”<sup>1991</sup>

Dit spanningsveld blijkt alleen al uit het simpele gegeven dat een ieder zijn subjectieve rechten ontleent aan het objectieve recht. Tegelijkertijd is er geen objectief recht denkbaar zonder subjectieve rechten.<sup>1992</sup> Om die reden is volgens Scholten de rechtsgeschiedenis te beschouwen als “het beeld der botsing van persoonlijkheids- en gemeenschapsbeginsel.”<sup>1993</sup> Die spanning tussen beide beginselen is daarmee principieel onophefbaar. Zoals Vermeulen het formuleert is er hier sprake van “het in de kern onoplosbare dilemma hoe individualiteit en algemeenheid, subjectieve interpretatie en objectieve rechtsorde met elkaar verenigd kunnen worden”.<sup>1994</sup>

1989 R.H. Haveman, “De grenzen van de repressieve samenleving”, in: R.H. Haveman, P. Ölçer, Th. A. de Roos en A.L.L. van Strien (red.), *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 61.

1990 O. Cayla, “Dignité humaine: le plus flou des concepts”, *Le Monde*, 31 januari 2003.

1991 P. Scholten [1935], *Rechtsbeginselen* (Mededeelingen der Nederlandsche Akademie van Wetenschappen, Afdeling letterkunde deel 80 serie B nr. 6), Noord-Hollandische Uitgevers Maatschappij: Amsterdam 1941, p. 273-274.

1992 In Scholtens woorden: “geen recht – in objectieven zin als geheel van regels – of ergens moet recht in subjectieven zin: een persoonlijk kunnen en mogen worden aangewezen, in die der rechtsfilosofie: geen recht zonder vrijheid” (Scholten [1935] 1941, p. 275).

1993 Scholten [1935] 1941, p. 274.

1994 Vermeulen 1992, p. 33.

Dit spanningsveld is reeds op het niveau van de juridische persoonlijkheid te herkennen. Enerzijds wordt een ieder door het toekennen van rechtssubjectiviteit van elkaar gescheiden. Via rechtssubjectiviteit wordt een persoonlijke levenssfeer met bijbehorende rechten in het leven geroepen. Het eigendomsrecht is het voorbeeld bij uitstek, maar ook de klassieke grondrechten kunnen vooral als afweer-rechten worden begrepen. Anderzijds wordt een ieder via rechtssubjectiviteit met elkaar verbonden. Juridische persoonlijkheid is wat dat betreft te beschouwen als een lidmaatschap van dezelfde gemeenschap: de rechtsgemeenschap. Zij maakt sociale interactie en herkenning van zichzelf in de ander mogelijk. In de woorden van Pessers:

“Het recht [...] stelt grenzen in door natuurlijke personen – personen van vlees en bloed – eerst van elkaar af te zonderen, en hen vervolgens op het niveau van de rechtsorde weer te binden in hun gemeenschappelijke en symbolische gedaante van rechtssubjecten. Deze transformatie van een grenzeloze feitelijke werkelijkheid naar een afgrenzende symbolische werkelijkheid markeert de overgang van natuur naar cultuur, van natuurstaat naar rechtsstaat en is als zodanig de kern van het sociaal contract.”<sup>1995</sup>

Niet alleen wordt op die manier de ander in het subject geschreven, maar ook drukt de rechtsorde daarmee zijn stempel op het individu. Met name de onvervreemdbaarheid van de burgerlijke staat herinnert ons aan het feit dat we onze rechten te danken hebben aan een hogere, publieke institutie, namelijk de rechtsgemeenschap. De onvervreemdbaarheid van de juridische persoonlijkheid beschrijft Bioy daarom als een *marque étatique* op de juridische persoon. Daar bedoelt hij het volgende mee:

“L'idée centrale de l'ordre public de la personne repose sur l'emprise d'une indisponibilité de la notion de personne, qui résulte la maîtrise étatique du concept juridique de la personne, notamment par son état, mais pas uniquement.”<sup>1996</sup>

Ook Scholten benadrukt het dialogische en institutionele karakter van juridische persoonlijkheid en subjectieve rechten, alhoewel niet in deze termen. Zo waarschuwt hij voor “de dwaalleer, die van de persoonlijkheid van den mensch een afgod maakte”. Met andere woorden, hij keert zich tegen een eenzijdige nadruk op subjectieve rechten, waarin de objectiefrechtelijke structuur waarvan die rechten deel uitmaken wordt vergeten. Net als bijvoorbeeld vele jaren later Ricoeur<sup>1997</sup> vergelijkt Scholten hier de juridische persoonlijkheid met het kunnen spreken

---

1995 Pessers 2003a, p. 33.

1996 Bioy 2003, p. 696.

1997 Zie 8.5.3.

van een taal. Zoals het spreken van een taal een taalgemeenschap vooronderstelt, zo vooronderstelt rechtssubjectiviteit een rechtsgemeenschap:

“Van het recht had men kunnen leeren, dat de vrijheid rechtens niet onbeperkt kàn en måg zijn, dat de mensch is een wezen in gemeenschap levend, dat die gemeenschap voor hem is een even primair gegeven als zijn persoonlijkheid zelf. En dat niet alleen omdat mijn vrijheid ook de Uwe in zich sluit, doch tevens noodzakelijk beperkt, gelijk Uw vrijheid de mijne en recht dus naar de Kantiaansche formuleering de vereeniging dier vrijheden met elkaar zou zijn, maar omdat wij in het recht evenzeer als in taal het samen zijn, het bestaan van de een door en met de ander onderstellen.

De mens leeft in gemeenschap. De *taal* toont het. Doch ook het recht. In het recht wordt de mens altijd geïsoleerd: deze individuele mens is gerechtigd, is verplicht, doch tegelijk wordt hij daarin als deel van de gemeenschap, waar binnen dat recht geldt, begrepen. Voor den eenling op het onbewoonde eiland bestaat geen recht. Die gemeenschap is een gegeven, waaraan de mens zich niet kan onttrekken.”<sup>1998</sup>

In zijn artikel *Een man een man, een woord een woord* wijdt Eggens eveneens interessante gedachten aan de betekenis van het persoonlijkheidsbeginsel voor het recht. Eggens noemt de persoon daar als grondslag van de privaatrechtelijke gebondenheid aan contracten. Waar Scholten in zijn *Algemeen Deel* schrijft dat “het contract bindt omdat het belofte is” en dat de rechtswetenschap van die gebondenheid geen nadere verklaring kan geven,<sup>1999</sup> stelt Eggens juist deze laatste vraag centraal in zijn artikel.<sup>2000</sup> Waarin is de grondslag voor de belofte gelegen? Eggens’ antwoord luidt als volgt:

“[...] is dit beginsel van ‘een man een man, een woord een woord’ niet een *zedelijke* eis? Betekent immers dit beginsel niet dat de man eerst waarlijk een man is, wanneer hij het woord dat hij gegeven heeft, gestand doet? [...]

Beaamt men deze vragen, dan blijkt de eis, dan men zijn woord gestand doe, eigenlijk identiek met het begrip van de mens als *persoon*. Want persoon is hij, die zich van zichzelf bewust geworden is. En deze zelf-bewust-wording, zelf-onderscheiding, zelf-objectivering als zedelijk wezen, houdt in dat men zich ‘de anderen’ bewust wordt als ‘andere ikken’, andere personen, die ik te eerbiedigen heb ‘als mijzelfen’, omdat zij – in hun anders-zijn – aan mij wezensgelijk (identiek) zijn.”<sup>2001</sup>

1998 Scholten [1935] 1941, p. 276.

1999 Asser/Scholten 1974, p. 19.

2000 Zie voor een nadere vergelijking tussen Scholten en Eggens op dit punt: J.M. Smits, “De klassieken van het Nederlandse privaatrecht: Eggens’ Een man een man, een woord een woord”, *NTBR* 16 (1999), p. 169-172. Volgens Smits blijft Scholten op dit punt achter bij Eggens. Daarmee gaat Smits echter voorbij aan Scholtens beschouwingen op dit vlak in zijn *Rechtsbeginselen* (zie met name p. 277).

2001 J. Eggens [1949], “Een man een man, een woord een woord”, in: H.C.F. Schoordijk en J.M. Smits (red.), *Eggens bundel. Een selectie uit het werk van Jannes Eggens*, Overveen: Uitgeverij Belvédère/

Niet alleen geeft Eggens op deze manier een nadere invulling aan het persoonlijkheidsbeginsel (en wel een hegeliaanse, zoals uit het vervolg van het artikel blijkt), maar ook omschrijft hij het persoonlijkheidsbeginsel als een ethische grondslag van het privaatrecht. De contractvrijheid is volgens hem uiteindelijk gefundeerd op het “zedelijke” beginsel van de persoon. In de woorden van Eggens: “Men kan zeggen dat [...] de betreffende gemeenschap [...] eerst *waarlijk* rechtsgemeenschap geworden is, die van den genoot *eist* [...] dat hij zich als persoon zal gedragen.”<sup>2002</sup> Op die manier plaatst Eggens, net als Scholten, de juridische persoon in een dialectiek tussen rechtssubject en rechtsgemeenschap, subjectief recht en objectief recht, vrijheid en gebondenheid, en contract en status.

Vooraf in het subject van de menselijke waardigheid, de menselijke persoon, is het stempel van de rechtsgemeenschap goed zichtbaar. De menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie kan immers eerder worden opgevat als een recht van de mensheid dan van het individu. Op grond van deze lezing wordt een juridische band gesmeed tussen het individu en de mensengemeenschap: “En *juridicisant le concept de personne humaine, l'État inscrit le collectif au sein du sujet de droit et affirme son indisponibilité, non seulement sur son corps, mais encore sur l'ensemble des prédicats de la personne.*”<sup>2003</sup> Zoals het rechtssubject zijn juridische status ontleent aan het objectieve recht, zo zijn ook de menselijke waardigheid en vrijheid vanuit dit perspectief institutionele constructies. Het recht vormt in dit humaniseringsproces een onmisbare schakel.

Deze filosofie van de mensenrechten, die het belang van de publieke sfeer voor de menselijke waardigheid als uitgangspunt hanteert, is met name in 8.5.3 aan de hand van Ricoeur en Arendt nader geduid. Een van de achterliggende gedachten van de antropologische functie van het recht is, zoals uitgelegd, dat een derde, bemiddelende instantie noodzakelijk is om persoon te worden. Men is niet van nature vrij en gelijk, maar kan dat slechts worden in relatie tot anderen, en wanneer men een plaats krijgt toebedeeld in een bepaalde institutionele structuur. Die institutionele bemiddeling van de persoonlijkheid ligt niet op voorhand vast, maar komt tot stand in processen van betekenisgeving. Vooral via het symbolische mensbeeld dat in het geldende recht besloten ligt, draagt het recht aan de humanisering en personalisering van een ieder bij. In dat symbolische mensbeeld wordt de mens gepresenteerd als een wezen wiens waardigheid, kort gezegd, is verankerd in zijn onbepaalbaarheid en zijn dubbele zijnswijze als biologisch en rationeel wezen. Kortom, de menselijke vrijheid is slechts mogelijk in een institutionele structuur.

---

Boekhandel De Kloof 1998, p. 350.

2002 Eggens [1949] 1998, p. 352.

2003 Bioy 2003, p. 697.

Wanneer realisten in navolging van denkers als Arendt en Ricoeur betogen dat vrijheid pas mogelijk is na institutionele bemiddeling, belichten zij een dimensie van het juridisch persoonsbegrip die ten onrechte nauwelijks is beschreven. Supiot beschrijft die balans tussen institutionele begeleiding en vrijheid als volgt:

“Un ordre juridique ne remplit sa fonction anthropologique que s’il garantit à tout nouveau né venu sur la Terre d’une part la préexistence d’un monde déjà là, qui l’assure sur le long terme de son identité, et d’autre part la possibilité de transformer ce monde et de lui imprimer sa marque propre. Il n’est de sujet libre qu’assujetti à une loi qui fonde.”<sup>2004</sup>

Met andere woorden, de juridische bemiddeling die via het persoonsbegrip plaats vindt beoogt een sfeer te creëren waarin een ieder als vrije persoon tot zijn recht kan komen. Wanneer sommigen van de realisten echter aan deze institutionele inbedding een al te starre, conservatieve en ondemocratische invulling geven, komen de vrijheid en mogelijkheid tot persoonlijke ontplooiing die juist het doel van institutionele bemiddeling vormden, in het gedrang. De ambivalentie van de menselijke natuur vraag om een juiste juridische balans van de mens als ongebonden en tegelijkertijd onderworpen aan bestaande structuren.

Omgekeerd kan een eenzijdige nadruk op subjectieve rechten resulteren in een ondermijning van de rechtsorde. De risico's van personalisering en subjectivering van de rechtsorde worden op verschillende manieren verwoord. Op publiekrechtelijk terrein waarschuwt Vermeulen

“dat door de subjectieve interpretatie in verregaande mate toe te laten als factor die de werkingssfeer van de grondrechten medebepaalt de afbakening van het door die rechten gewaarborgde terrein verloren gaat. Dit kan leiden tot een ontwikkeling waarin individuen zich met een onvoorspelbaar beroep op die rechten aan essentiële juridische plichten kunnen onttrekken.”<sup>2005</sup>

Pessers concentreert zich op de risico's van subjectivering van het persoonsbegrip.<sup>2006</sup> In haar preadvies beschrijft zij hoe het rechtssubject niet langer als een juridische constructie wordt opgevat (*persona*), maar steeds meer verondersteld wordt samen te vallen met de mens van vlees en bloed (*prosopon*). Het risico van deze subjectivering is volgens haar “evident. Niet alleen zal de rechtszekerheid, zoals in het aansprakelijkheidsrecht, verminderen, maar bovendien wordt de afweging tegen andere, min of meer objectieve, belangen moeilijker”.<sup>2007</sup> Met de verbrokkeling van de rechtsorde die hiervan het gevolg is dreigen “weer de onge-

---

2004 Supiot 2005, p. 79.

2005 Vermeulen 1992, p. 33.

2006 Zie hierover ook 2.2.

2007 Pessers 2005, p. 40.

temde machtsverhoudingen van de natuurstaat”.<sup>2008</sup> Immers, “de ander ofwel de rechtsgemeenschap verdwijnt [op dat moment] uit de rechtssubjectiviteit”.<sup>2009</sup>

Op die manier brengt een uitsluitend subjectieve benadering van het recht uiteindelijk zelfs het bestaan van subjectieve rechten in gevaar. Dat wil zeggen, aangezien subjectieve rechten een hogere objectiefrechtelijke structuur vooronderstellen, komt met het verval van die structuur uiteindelijk ook de basis van de subjectieve rechten in gevaar. Bij een permanente aanvechting van de symbolische voorstelling van de mens, en de invulling van de juridische persoonlijkheid, kan daarom het moment komen dat de basis van de rechtsorde komt te vervallen.

Aan de hand van een passage uit *The human condition* kan het belang van een objectieve fundering van de juridische persoon worden geïllustreerd. Net als een tafel verbindt en onderscheidt de juridische persoonlijkheid individuen tegelijkertijd met en van elkaar:

“To live together in the world means essentially that a world of things is between those who have it in common, as a table is located between those who sit around it; the world, like every in-between, relates and separates men at the same time. The public realm, as the common world, gathers us together and yet prevents our falling over each other, so to speak.”<sup>2010</sup>

Vergaande personalisering en subjectivering zijn op dezelfde manier te vergelijken met het plotseling wegvallen van die tafel:

“What makes mass society so difficult to bear is not the number of people involved, or at least not primarily, but the fact that the world between them has lost its power to gather them together, to relate and separate them. The weirdness of this situation resembles a spiritualistic séance where a number of people gathered around a table might suddenly, through some magic trick, see the table vanish from their midst, so that two persons sitting opposite each other were no longer separated but would also be entirely unrelated to each other by anything tangible.”<sup>2011</sup>

Zonder die tafel, ofwel zonder een supra-individuele structuur, zouden we over elkaar heen buitelen. Daarmee is het gevaar van personalisering en subjectivering van het recht mooi weergegeven. De vraag is echter wanneer we op de grenzen van subjectivering stuiten. Of zoals Hol het samenvat: “de vraag is [...] hoeveel persoonlijke inbreng het recht verdraagt, wil het nog de onpersoonlijke basis kunnen bieden voor de communicatie tussen partijen.”<sup>2012</sup>

---

2008 Pessers 2003a, p. 37.

2009 Pessers 2005, p. 55.

2010 Arendt [1958] 1998, p. 52-53.

2011 Arendt [1958] 1998, p. 52-53.

2012 Hol 2003, p. 226.



De kern van het probleem wordt gevormd door de vraag wat de omvang en inhoud van deze noodzakelijk “onpersoonlijke basis” is. Welke onderdelen van het rechtssysteem maken deel uit de dogmatische, supra-individuele grondslagen van het recht? Binnen welke delen van het recht bestaat daarentegen ruimte voor een individuele of subjectieve uitleg van juridische begrippen? Aan wie is het om een interpretatie van het uitermate gelaagde en complexe begrip van de menselijke waardigheid te geven? De stelling dat totalitaire dehumaniseringspraktijken te allen tijde moeten worden voorkomen zal niemand ter discussie willen stellen. Moeilijker wordt het wanneer men het over de toelaatbaarheid van biomedische technieken heeft. Vanaf welk moment ondermijnt de medische biotechnologie de institutioneel bemiddelde vrijheid en waardigheid van het individu? En vanaf welk moment moet de staat het individu vrij laten om zijn eigen keuzen met betrekking tot zijn lichaam te maken? Kortom, tot welke hoogte wordt de verhouding van het individu tot zijn lichaam of voortplanting bepaald door de rechtsorde, en tot welke hoogte dient het recht zich daarentegen daarvan afzijdig te houden?

Een aantal concrete voorbeelden. Is er sprake van vrijheid wanneer je vrij bent je lichaamsdelen te verkopen? Is er sprake van zelfbeschikking wanneer je anderen en de staat nodig hebt om je zelfbeschikkingswens te realiseren? Is er sprake van een ongefundeerde inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht wanneer je jezelf niet mag kloneren?

De uitdaging waar de biomedische ontwikkelingen het recht voor stellen is gelegen in het trekken van grenzen om vergaande reïficatie van de mens te voorkomen, zonder even wel vervallen in een repressieve rechtsorde. Guillebaud drukt het dilemma als volgt uit:

“Comment émanciper davantage l’individu sans précipiter sa disparition ? Comment reconstruire un lien social défait ou une appartenance symbolique déconstruite, une généalogie humanisante, sans renoncer pour autant à l’émancipation ou à l’autonomie de soi, qui sont de vraies conquêtes?”<sup>2013</sup>

In de Franse rechtsdogmatiek wordt de eenheid van persoon en lichaam niet alleen als de mogelijkheidsvoorwaarde voor zelfbeschikking beschouwd, maar ook als de grens van die zelfbeschikking, zo bleek in 3.2.3. De menselijke waardigheid, als mensbeeld waarin deze eenheid gestalte krijgt, is daarmee zowel de grondslag als de begrenzing van de subjectieve vrijheden. In deze uitleg komt goed naar voren hoe het spanningsveld tussen vrijheid en gebondenheid tot de kern van de idee van menselijke waardigheid behoort. De volgende passage uit Bioys proefschrift kan de spanning tussen deze subjectiefrechtelijke en objectiefrechtelijke benadering van de juridische wijze verhelderen:

---

2013 Guillebaud 2001, p. 185.

“Figure métonymique, le concept de personne humaine désigne le rapport qui existe entre le sujet de droit (la personne) et l’objet de droit (qui peut être encore la personne elle-même) en non seulement l’un des deux. Une tension existe entre ces deux éléments constitutifs de la personne qui entraîne une action potentiellement contradictoire de l’État assurant à la fois l’autonomie singulière de la personne et la protection d’un élément commun qui est l’humanité. Par-là, le concept de personne humaine s’affirme comme essentiellement protecteur du lien entre personne et corps, principalement dans les domaines bioéthiques, mais comme potentiellement liberticide dans l’instauration des rapports sociaux. [...] La concrétisation d’une telle figure du sujet de droit fournit les moyens au droit de défendre les valeurs individuelles face aux enjeux bioéthiques, mais dans le même temps il affecte la figure même du sujet de 1789 et le mécanisme des libertés publiques.”<sup>2014</sup>

Met andere woorden, de verdere uitwerking van de menselijke waardigheid ter regulering van de medische biotechnologie kan uitmonden in een uitbreiding van overheidsmacht. De regulering van de medische biotechnologie is gebaseerd op een bemoeienis van de staat met de verhouding die het individu tot zijn eigen lichaam heeft. Ofschoon de juridische symbolisering van de mens een voorwaarde vormt voor de menselijke vrijheid, kan zij eveneens uitmonden in de ontkenning van die vrijheid. In de rake beeldspraak van Pech: “la dignité humaine est un étroit chemin de crête entre deux précipices: celui de l’individu-roi, d’un côté, et celui d’une religion de la personne humaine qui menace d’asphyxier l’individu, de l’autre.”<sup>2015</sup>

Bij de regulering van de verhouding van het individu tot zijn eigen lichaam wordt deze dialectiek nieuw leven ingeblazen, onder meer via polarisatie tussen het technisch-juridische en het symbolisch-juridische persoonsbegrip. Het technisch-juridisch persoonsbegrip laat als lege categorie immers in principe onbepaald ruimte voor lichamelijke zelfbeschikking, terwijl de rechtsgemeenschap via het symbolisch-juridisch persoonsbegrip in de zelfverhouding van het subject tot zijn lichaam treedt. De hevigheid van de discussies op het terrein van het biorecht vloeit voor een deel voort uit deze botsende opvattingen.

## 8.10 Conclusie

In dit hoofdstuk is de menselijke waardigheid in haar verschillende juridische verschijningsvormen geanalyseerd. Daarbij bleek het belang van de menselijke waardigheid voor de regulering van de medische biotechnologie te zijn gelegen in haar vermogen tot symbolisering van de bio(techno)logische werkelijkheid. In wetgeving, verdragen, rechtswetenschap en jurisprudentie wordt verwezen naar het mensbeeld van de menselijke waardigheid ter normering van de biomedische

2014 Bioy 2003, p. 887.

2015 Pech 2001, p. 106.

praktijk. Daarmee heeft dit mensbeeld, ofwel dit juridische persoonsbegrip, de hoedanigheid van rechtsbeginsel verkregen. Eerder in dit onderzoek werd dat aangeduid als een ontwikkeling van het juridisch persoonsbegrip van normadres-saat richting zelfstandige norm (6.3). Dat normatieve mensbeeld is uiteraard geen beschrijving van de feitelijke mens. Een dergelijke redenering zou zich schuldig maken aan de *naturalistic fallacy*. In dit hoofdstuk is daarentegen betoogd dat dit mensbeeld een contrafactische categorie vormt: een symbolisch en antropologisch beladen ideaalbeeld dat evolueert naar tijd en plaats. Op basis van deze symbolische voorstelling van de mens vindt in het biorecht een bemiddeling van de medische biotechnologie plaats, die moet resulteren in een humanisering van deze techniek.

In het recht zijn deze symbolische categorieën op meerdere niveaus werkzaam. Het respect voor het dode lichaam, de categorie van de menselijke persoon, de status van pasgeboren leven, de juridische regeling van het huwelijk, het verbod op commercialisering van het lichaam en het verbod op kloneren zijn alle voorbeelden van symbolische geboden en verboden die in het recht erkenning hebben gevonden. Deze juridische voorschriften kunnen slechts tegen een symbolische achtergrond, en bijvoorbeeld niet op grond van de subjectieve rechten en vrijheden, worden verklaard en geduid. Dat verklaart eveneens waarom er een zekere spanning bestaat tussen deze symbolische voorschriften en de subjectieve vrijheden van het individu. Daarnaast werd gewezen op de natuurwetenschappelijke betwisting van de symbolische dimensie van het recht. Zo kunnen de taboes rondom het menselijk lichaam niet worden gerechtvaardigd vanuit een feitgerichte benadering van de werkelijkheid.

Uit de filosofisch-antropologische verkenning van het begrip menselijke waardigheid, aan de hand van onder meer Plessner, Lacan en Arendt, bleek dat de ambivalentie van dit begrip voortvloeit uit de ambivalentie van het menselijk bestaan zelf. De mens is geest en lichaam, autonoom en gebonden, biologisch en talig wezen, individu en lid van de gemeenschap. De belangrijkste functie van het beginsel van de menselijke waardigheid is gelegen in de bemiddeling van deze verschillende aspecten van het menselijk bestaan. Bij de regulering van de medische biotechnologie staat vooral de bemiddeling voorop van de lichamelijke en geestelijke kanten van de mens. Hoe kan het rechtssubject een lichaam worden gegeven, zonder afbreuk te doen aan zijn autonomie en wilsvrijheid?

Op die manier behoort het mede tot de taak van de jurist om de symbolische categorieën die werkzaam zijn in het rechtssysteem te kunnen duiden. Door dat het op maatschappelijk niveau ontbreekt aan een eenduidig antwoord op de complexe problematiek waarmee de medische biotechnologie een ieder confronteert, speelt het recht in het symboliseringsproces van de biomedische praktijk een dominante rol. Daarmee wordt de humanisering van deze technieken voor een belangrijk deel overgelaten aan het rechtssysteem. Deze taakstelling van het

recht is in navolging van een aantal Franse auteurs de symbolische functie van het recht genoemd. Die symbolische functie blijkt het duidelijkst uit de centrale positie die het beginsel van de menselijke waardigheid inneemt in de regelgeving op biomedisch terrein.

Aangezien de menselijke waardigheid is getekend door de ambivalentie van het menselijk bestaan, is de uitleg en interpretatie van dit juridische beginsel een hachelijke onderneming. Op de mogelijke risico's die bestaan bij de uitvoering van de symbolische functie van het recht is daarom eveneens ingegaan. Het grootste gevaar is dat de menselijke waardigheid wordt uitgelegd als een bovenmenselijke en onveranderlijke waarheid, op grond waarvan vergaande overheidsbemoeienis met het persoonlijke en lichamelijke leven van het individu gelegitimeerd is. Betoogd werd dat de juridische bemiddeling van biologische grenzen en biomedische verschijnselen daarentegen deel uitmaakt van een *open* symboliseringsproces, dat gekenmerkt wordt door een dialectische beweging tussen artificialiteit en natuur, transcendentie en constructie, politiek en recht, en vrijheid en gebondenheid. Op die manier is de articulatie van de symbolische dimensie van het recht in het licht van de medische biotechnologie niet alleen een noodzakelijke, maar eveneens omstreden, delicate en complexe aangelegenheid.



## Concluderende samenvatting

Als gevolg van de opkomst van de medische biotechnologie is het menselijk lichaam steeds zichtbaarder aanwezig in het recht. Bij de regulering van de biomedische praktijk wordt de juridische persoon niet alleen als drager van rechten en plichten begrepen, maar ook als een wezen met een lichaam van vlees en bloed. De constructies die tot stand zijn gebracht om de realiteit van het lichaam een plaats te geven in het recht, zijn in dit onderzoek beschreven en geanalyseerd. Hoewel in het recht op diverse manieren bij de biologische dimensie van het menselijk bestaan wordt aangeknoopt, staat vast dat de 'belichaming' van de juridische persoon sinds de opkomst van de medische biotechnologie in een stroomversnelling is geraakt. Nieuwe concepten, categorieën en beginselen zijn in relatief korte tijd in het recht ontwikkeld om dit nieuwe terrein van normering te voorzien. Met name de uitwerking en invulling van het juridische persoonsbegrip speelt daarbij een belangrijke rol.

Door de vragen die de medische biotechnologie over de status van het menselijk lichaam opwerpt, raakt deze technologie aan de grondslagen van het rechtssysteem. Het menselijk lichaam gaat aan centrale juridische categorieën als persoon en zaak voorbij, zet aan tot reflectie over de verhouding van het recht tot de biologische aspecten van het menselijk bestaan, en stelt het juridische mensbeeld, met bijbehorende beginselen als menselijke waardigheid en zelfbeschikking, ter discussie. Bovendien betekent de juridificatie van het lichaam een uitbreiding van overheidsmacht over de meest intieme sfeer van het persoonlijk leven. Dat roept de vraag op tot waar de belichaming van het rechtssubject mag en kan gaan. Wat is de taak van het recht bij de normering van de biomedische ontwikkelingen?

In *hoofdstuk 1* is de problematiek in hoofdlijnen weergegeven. Wat staat er op het spel in de medische biotechnologie? Waarom geven deze technieken aanleiding tot een hernieuwde articulatie en zelfs heroverweging van de grondslagen van het recht? Gesteld werd dat de biomedische wetenschap het object vormt van uitgebreide regulering en talloze verbodsbepalingen, omdat men vreest voor een aantasting van het mensbeeld dat aan het morele en juridische gedachtegoed ten grondslag ligt: de mens van de menselijke waardigheid. Het biomedische mensbeeld is dusdanig in tegenspraak met het mensbeeld van de mensenrechten, dat men een begrenzing van deze technieken noodzakelijk acht. De verhouding van de persoon tot zijn lichaam staat daardoor meer dan ooit ter discussie.

In het debat over de toelaatbaarheid van de biomedische technieken zijn twee uiterste posities waar te nemen: aan de ene zijde roept men op tot erkenning van het recht op lichamelijke zelfbeschikking, en aan de andere zijde worden restricties bepleit op grond van de eenheid van persoon en lichaam die door de menselijke waardigheid wordt voorondersteld. Beide beginselen zijn dan ook werkzaam in het juridische kader dat ten behoeve van de biomedische ontwikkelingen tot stand is gebracht. Deze beginselen gaan terug op verschillende ideaalbeelden van de mens, die een bepaalde verhouding van de persoon tot zijn lichaam vooronderstellen. Om die reden ligt het zwaartepunt van dit onderzoek bij een verkenning van de repercussies van de medische biotechnologie voor het juridisch persoonsbegrip, en omgekeerd bij de betekenis van het juridische persoonsbegrip voor de regulering van de medische biotechnologie. Dat roept allereerst de vraag op hoe de persoon van het recht zich tot de lichamelijke aspecten van het menselijk bestaan verhoudt. In hoeverre wordt in het recht rekenschap gegeven van het lichaam?

In *hoofdstuk 2* is bestudeerd hoe het lichaam wordt ingepast in het privaatrechtelijk onderscheid tussen persoon en zaak. Daarbij is naar voren gekomen dat het lichaam voorbij gaat aan het dualistische denkkader van het privaatrechtelijk kwalificatiesysteem. Het lichaam dient op grond van deze tweedeling te worden gekwalificeerd als hetzij persoon, hetzij zaak.

Of men het lichaam als persoon of zaak kwalificeert, hangt met name af van de invulling die men aan het privaatrechtelijk persoonsbegrip geeft. In dat verband heb ik een onderscheid gemaakt tussen twee tradities: een artificialistische en een naturalistische traditie. Deze tweedeling heb ik ontleend aan Frans rechts-historisch onderzoek naar de ontwikkeling van het juridische persoonsbegrip. Het onderscheid is in twee opzichten nuttig: het geeft een beter inzicht in het Franse rechtstheoretische debat op dit terrein; en het vormt een aanzet tot reflectie over de verhouding van het recht tot de biologische werkelijkheid.

In de artificialistische benadering, die teruggaat tot de Romeinse traditie, is de persoon een abstractie van de mens uit de geleefde werkelijkheid. In dit persoonsbegrip is weinig terug te zien van de lichamelijke dimensie van het leven. Bij gevolg kan het lichaam vanuit deze visie op de juridische persoon slechts als zaak gestalte krijgen.

In de andere traditie, de naturalistische, liggen aan het persoonsbegrip bepaalde ontologische vooronderstellingen ten aanzien van de persoon ten grondslag. De juridische persoon wordt als een weerspiegeling beschouwd van de ware persoon. In deze traditie ligt het voor de hand om het lichaam als een onlosmakelijk deel van de menselijke persoon op te vatten.

Sporen van beide tradities zijn in het huidige recht aan te wijzen. Het lichaam wordt afwisselend in het recht aangemerkt als deel van de persoon (persoonlijkheidsrechtelijke benadering), zoals wanneer men lichamenlijk letsel opvat als een aantasting in de persoon (artikel 6:106 lid 2 sub b BW); of juist als zaak,

zoals blijkt uit de zaakskwalificatie van lichaamsmateriaal dat van het lichaam is afgescheiden. Deze vermogensrechtelijke benadering van het lichaam gaat echter veelal gepaard met beperkingen aan de juridische beschikkingsmacht die men over het lichaam en zijn onderdelen heeft.

De moeilijkheid van de discussies over de juridische toelaatbaarheid van biomedische handelingen is voor een groot deel gelegen in het feit dat een vermenig van beide persoonsbegrippen heeft plaatsgevonden. Onduidelijk is wanneer in het recht wordt geabstraheerd van de biologische werkelijkheid op grond van een artificialistische benadering, en wanneer de persoon juist als een belichaamd subject wordt opgevat, zoals in de naturalistische traditie. Beide tendensen komen in de *wrongful life* vordering zelfs tot een botsing.

Beter kunnen deze privaatrechtelijke benaderingen van het menselijk lichaam als noodoplossingen worden opgevat. Het lichaam gaat in wezen voorbij aan het onderscheid tussen persoon en zaak, en draagt elementen van beide in zich. De mate waarin een vermogensrechtelijke of een persoonlijkheidsrechtelijke benadering volstaat, berust op buiten het privaatrechtelijk kwalificatiesysteem gelegen beginselen, zoals de menselijke waardigheid en lichamelijke integriteit.

In *hoofdstuk 3* zijn daarom de belangrijkste rechtsbeginselen die aan de juridische status van het lichaam ten grondslag liggen, benoemd en geanalyseerd. In Nederland ligt van oudsher in zowel gezondheidsrecht als -ethiek de nadruk op het zelfbeschikkingsrecht. Vanuit dit theoretisch kader redenerend is men echter nauwelijks in staat de beperkingen te verklaren die in de regulering van de biomedische praktijk aan de beschikking over het eigen lichaam en de eigen voortplanting worden gesteld. Het voornaamste probleem is dat vanuit de zelfbeschikkingsthese geredeneerd, de bijzondere verbondenheid tussen het rechtssubject en zijn lichaam, zoals zij blijkt uit de bestaande regelgeving, niet kan worden geduid of verklaard. In een tijdperk waarin persoon en lichaam in toenemende mate van elkaar kunnen worden gescheiden, blijft het recht tot op zekere hoogte vasthouden aan de eenheid van lichaam en persoon. Met name via het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid tracht men in het nationale en internationale recht juridisch uitdrukking te geven aan de meerwaarde van het menselijk lichaam boven andere rechtsobjecten, en aan de bijzondere band tussen individu en lichaam.

In tegenstelling tot het zelfbeschikkingsrecht, dat in het Nederlandse gezondheidsrecht en de Nederlandse gezondheidsethiek in het middelpunt van de wetenschappelijke belangstelling staat, wordt er op de betekenis van dit beginsel over het algemeen relatief weinig ingegaan. Hoe belangrijk het beginsel van zelfbeschikking ook voor het gezondheidsrecht is geweest en zal zijn, een eenzijdige nadruk op dit principe werkt vertekend ten aanzien van de rechtspraktijk rondom de medische biotechnologie. Reflectie over de betekenis van menselijke waardigheid is daarom ook in juridische kring gewenst.



In de Franse rechtsdogmatiek is de juridische betekenis van de menselijke waardigheid daarentegen uitgebreid en diepgaand onderzocht. De menselijke waardigheid leggen Franse rechtsgeleerden uit als een beginsel dat een belichaming van het rechtssubject tot stand brengt. Het is vooral op grond van dit beginsel, en het daarmee samenhangende beginsel van respect voor menselijk leven, dat de beschikkingsmacht die men feitelijk als gevolg van biomedische technieken heeft gekregen juridisch aan banden wordt gelegd. Aan de hand van dit beginsel geeft men in het recht gestalte aan de verhouding van de juridische persoon tot zijn lichaam en nageslacht. De menselijke waardigheid wordt in deze context uitgelegd als een symbolische representatie van de mens waarin de verbondenheid tussen persoon en lichaam tot uitdrukking komt. Dit normatieve mensbeeld moet beschermen tegen de risico's van instrumentalisering, objectivering, commercialisering, opsplitsing en zelfs dehumanisering van de mens, die men met de medische biotechnologie in verband brengt.

Bovendien kan op grond van de verbondenheid tussen persoon en lichaam worden verklaard waarom het aan de persoon zelf dient te zijn om beslissingen met betrekking tot zijn eigen lichaam te nemen. Zelfbeschikking vloeit vanuit dit perspectief voort uit de eenheid van lichaam en geest. Dat betekent echter tegelijkertijd dat zelfbeschikking daar op haar grenzen stuit, waar de psychofysische eenheid die de mens op grond van de menselijke waardigheid vormt, wordt ondergraven. In dergelijke, extreme gevallen is het lichaam *indisponible*: het lichaam staat dan niet tot de vrije beschikking van het individu. Daarmee raken we aan een omstreden aspect van het begrip van de menselijke waardigheid. Hoewel algemeen wordt erkend dat er grenzen aan de lichamelijke beschikkingsvrijheid zijn, zoals in het geval van vrijwillige slavernij of vrijwillige amputaties, verschilt men van mening over de vraag wanneer de eenheid van persoon en lichaam precies in gevaar komt. De bestaande controverse heb ik geïllustreerd aan de hand van een rechtzaak over de toelaatbaarheid van dwergwerpen.

In dit type kwesties openbaart zich een conflict tussen twee mogelijke interpretaties van de menselijke waardigheid. Degenen die ook in de gevallen waarin de eenheid van persoon en lichaam op het spel staat, blijven vasthouden aan het principe van lichamelijke zelfbeschikking, beroepen zich op een lezing van menselijke waardigheid als autonomie (*human dignity as empowerment*). Degenen die daarentegen de menselijke waardigheid beschouwen als een principe dat beschermt tegen al dan niet vrijwillige objectivering of opsplitsing van de mens, hanteren een collectieve, kantiaans geïnspireerde interpretatie van menselijke waardigheid (*human dignity as constraint*). Normaliter zijn beide lezingen met elkaar te verenigen, maar in deze uitzonderingsgevallen wijzen de interpretaties in verschillende richtingen.

Tot slot is in dit hoofdstuk de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens aan bod gekomen. Een eerste vraag die zich laat stellen is hoe het Hof, gezien de bestaande dissensus tussen lidstaten over de status van het menselijk lichaam, zich een oordeel over dit soort kwesties aanmeet. In de

EVRM-rechtspraak zijn elementen van zowel de Nederlandse als de Franse benadering te bespeuren. Toch blijkt in de jurisprudentie dat de subjectieve uitleg die betrokkenen van de menselijke waardigheid geven, aan invloed wint in met name de context van het recht op respect voor privéleven (art. 8 EVRM). Deze subjectivering is inmiddels uitgemond in de erkenning door het Hof van het recht op lichamelijke zelfbeschikking. Het is in dezelfde geest dat het Hof blijkens zijn jurisprudentie vooral de interpretatie van menselijke waardigheid als respect voor autonomie uitdraagt.

Deze ontwikkeling hoeft niet geheel te verbazen. Op basis van de subjectieve vrijheden die in het Verdrag liggen besloten, is het moeilijk om de beschermwaardigheid tot uitdrukking te brengen die het lichaam ook los van een ieders subjectieve beleving heeft. Die beschermwaardigheid berust op een collectief mensbeeld, waarvan de invulling aan het individu is onttrokken.

Een terechte vraag is daarom of de objectieve interpretatie van menselijke waardigheid, waarin het leven en het lichaam ook onafhankelijk van een ieders subjectieve beleving een bijzondere waarde hebben, überhaupt tot zijn recht kan komen in het conceptuele kader van het Hof. Wanneer die vraag ontkennend wordt beantwoord, heeft dat potentieel verreikende gevolgen. Als men ervanuit gaat dat de eenheid van persoon en lichaam aan de basis van de mensenrechten staat, kan een eenzijdige subjectieve benadering van de mensenrechten uiteindelijk in een ondergraving van het hele systeem van de mensenrechten resulteren.

Van minstens even groot belang in deze context is dat het daarmee niet ondenkbaar is geworden dat de beperkingen die op het moment worden gesteld aan de biomedische ontwikkelingen, zullen worden betwist op grond van de subjectieve rechten en vrijheden van het verdrag. Men kan zich afvragen of de zelfbeschikkingstrend door het Hof zal worden doorgezet bij de beoordeling van zaken die het gebruik van omstreden biomedische technieken betreffen. Zoals in het vervolg van het onderzoek wordt betoogd, staat het mensbeeld van de menselijke waardigheid, waarop de normering van de biomedische praktijk grotendeels berust, onder druk van subjectieve aanspraken.

Deze subjectivering van juridische waarden en beginselen is ook te bespeuren in de regelgeving met betrekking tot het embryo. In *hoofdstuk 4* is voorop gesteld dat de juridische bescherming van het embryo in het teken staat van respect voor menselijk leven. Het embryo is noch persoon, noch zaak, maar menselijk leven, en wordt in die hoedanigheid beschermd. Bij de verkenning van de juridische betekenis van het respect voor menselijk leven, bleek dat het embryo op grond van dit respect slechts een minimale bescherming toekomt. In principe is het verenigbaar met het respect voor menselijk leven om embryo's te vernietigen, te gebruiken, te verbruiken of af te staan. Het respect voor het menselijk leven blijkt uit de voorwaarden die aan deze handelingen worden gesteld, zoals de toestemming van de ouders, het beperkte aantal doeleinden waarvoor de embryo's mogen worden gebruikt en zorgvuldigheidsvereisten. Zo is het op grond van dit

beginsel verboden embryo's te verkopen of te gebruiken voor louter industriële doeleinden.

Dat het embryo in veel gevallen extra wordt beschermd, is vooral te danken aan de bedoelingen die de ouders met het embryo in kwestie hebben. Doorslaggevend voor de extra bescherming van embryonaal leven is "de mate van waarschijnlijkheid dat het embryo tot mens zal uitgroeien", zoals het in de Memorie van Toelichting bij de Embryowet wordt geformuleerd. Meer dan de ontwikkeling van het embryo spelen de keuzes van de ouders daarbij een centrale rol. Maakt het ongeboren leven deel uit van de toekomstplannen van de ouders?

Het belang van de intenties van de ouders voor de juridische beschermwaardigheid van het embryo kan eveneens verklaren waarom embryo's die zich in hetzelfde ontwikkelingsstadium bevinden op grond van de Embryowet toch een verschillende status kunnen hebben. Het rest-embryo en het embryo in vitro dat bestemd is voor een zwangerschap behoren, ondanks hun biologische gelijkheid, juridisch gezien tot geheel andere categorieën. Dat intenties een belangrijke rol spelen bij de regulering van handelingen met het embryo, blijkt ook uit het tijdelijke verbod om embryo's voor wetenschappelijke doeleinden te creëren. Wat dat betreft is het misleidend om van *de* status van het embryo te spreken. De regelgeving op dit terrein is dusdanig verbrokkeld, dat er sprake is van meerdere categorieën van embryo's, die deel uitmaken van een juridische hiërarchie van menselijk leven.

De bestaande verschillen in juridische bescherming van het embryo kunnen niet worden verklaard aan de hand van de theorie van de progressieve rechtsbescherming, die nog altijd als de heersende leer in de Nederlandse rechtsdogmatiek kan worden beschouwd. Deze theorie verbindt de beschermwaardigheid van het embryo met de ontwikkelingsfase waarin het embryo verkeert. Hoewel de biologische ontwikkeling van het embryo eveneens erkend wordt als een van de factoren voor beschermwaardigheid in het theoretisch kader van wetgeving met betrekking tot het embryo, kan de heersende leer de verschillen in bescherming tussen embryo's uit dezelfde fase niet verklaren.

In de Franse rechtsdogmatiek is de juridische verbrokking van de status van het embryo echter al in een vroeg stadium geconstateerd, en uitgewerkt tot een alternatief theoretisch kader. Aan dit kader ligt een *relationele* benadering van het ongeboren leven ten grondslag. Bepalend voor de bescherming van het embryo is niet zozeer zijn biologische ontwikkeling, als wel zijn socialisering en symbolisering. Het lidmaatschap van de menselijke soort kan daarbij worden opgevat als een minimale vorm van socialisering, dat het embryo aanspraak geeft op een eveneens minimale vorm van bescherming. Het gegeven dat het embryo menselijk is, wordt niet alleen als een feit van biologische, maar ook sociale en symbolische betekenis beschouwd.

Daarnaast kan de extra bescherming die aan bepaalde typen embryo's toekomt, worden verklaard tegen de achtergrond van de sociale en culturele verbanden waarvan het embryo reeds voor zijn geboorte deel uitmaakt. Dat de

beschermwaardigheid van het embryo daarbij vergaand afhankelijk wordt van de bedoelingen van de ouders, is een ontwikkeling die vanuit dit perspectief goed te plaatsen is. De socialisering culmineert bij de geboorte in de toekenning van rechtssubjectiviteit. Vanaf de geboorte wordt het kind onderdeel van menselijke interactie en communicatie. Het socialiserings- en symboliseringsproces is dan compleet.

In deze benadering wordt het mogelijk om zowel de subjectivering van het beginsel van respect voor menselijk leven, als de objectivering van het embryo in de biomedische praktijk, te benoemen. De beschermwaardigheid van het embryo is voor een belangrijk deel een afgeleide van de persoonlijke voorkeuren van de ouders. Deze ontwikkelingen hebben in de Franse rechtsdogmatiek aanleiding gegeven tot kritiek. Volgens critici is de menselijkheid van het embryo in wezen afhankelijk geworden van een uitverkiezing van de ouders.

Een andere verdienste van deze benadering is dat zij licht werpt op het juridische humaniseringsproces. Voor persoonlijkheid in juridische zin is het lidmaatschap van de menselijke soort onvoldoende. Men wordt pas persoon in het recht wanneer men in ook in sociale en symbolische zin tot de mensheid is toegetreden. Daarmee wordt in de Franse rechtsdogmatiek een symbolische dimensie van het recht blootgelegd, die in het laatste hoofdstuk verder wordt verkend.

Het respect voor menselijk leven is een beginsel dat eveneens in de EVRM-jurisprudentie erkenning heeft gevonden. Op de vraag of ongeboren menselijk leven kan worden beschouwd als een persoon met een recht op leven, weigert het Hof een definitief antwoord te bieden. Wel sluit de Grote Kamer van het Hof in de *Evans*-zaak uit dat embryo's in vitro dergelijke mensenrechtelijke aanspraken hebben.

Net als het respect voor het gestorven lichaam laat het respect voor menselijk leven zich slecht uitdrukken in termen van subjectieve rechten. Sterker nog, in de jurisprudentie van het Hof krijgt het embryo voornamelijk gestalte als object van de subjectieve rechten en het zelfbeschikkingsrecht van anderen. Wegens de bestaande verdeeldheid onder lidstaten over de beschermwaardigheid van ongeboren leven, wijdt het Hof aan de status van het embryo zelf weinig overwegingen. Bij gebreke aan een overkoepelend kader om de status van het embryo mee te duiden, wordt de bescherming van het embryo overgelaten aan de lidstaten.

In de context van wrongful birth en wrongful life vorderingen komen de verschillende thema's uit de eerdere hoofdstukken bijeen: het zelfbeschikkingsrecht, het respect voor menselijk leven, de betekenis van de geboorte, de twee lezingen van de menselijke waardigheid en de verhouding van de juridische persoon tot de concrete mens van vlees en bloed. *Hoofdstuk 5* is dan ook gewijd aan een analyse van deze twee bijzondere vorderingen, die beide door de Hoge Raad zijn erkend en toegewezen. Bovendien vormt dit hoofdstuk de opmaat voor het tweede deel van het onderzoek, waarin de verschillende aspecten van de juridische persoonlijkheid centraal staan.

De vraag die aan de basis van deze problematiek staat, is of de geboorte van een al dan niet gezond kind grond voor aansprakelijkheid kan vormen. Kan de geboorte van een kind onder omstandigheden worden opgevat als een bron van schadevergoeding, wanneer die geboorte het gevolg is van een fout van een derde? Betoogd is dat schadevergoeding aan de ouders wegens de ongewenste of ongeplande geboorte van een kind (*wrongful birth*) vanuit het oogpunt van menselijke waardigheid toelaatbaar is. Toewijzing van de *wrongful birth* vordering betekent niet dat het leven van het geboren kind wordt gedevalueerd of ondergeschikt gemaakt aan de belangen van de ouders.

Om dat te beredeneren heb ik aansluiting gezocht bij de argumentatie van de Hoge Raad in het arrest *Wrongful Birth I*. In dat arrest maakt de Hoge Raad een principieel onderscheid tussen het leven van het kind voor en na de geboorte. Voor de geboorte is het kind nog geen concreet individu met een eigen unieke identiteit, maar slechts een onbekende zonder persoonlijkheid. In deze hoedanigheid van abstractie kan het kind als een schadepost worden opgevoerd zonder inbreuk te maken op zijn menselijke waardigheid. Immers, het recht op respect voor menselijke waardigheid ontstaat pas met de geboorte. Het is precies omdat de ouders het kind, wanneer het eenmaal is geboren, als waardig en onverwisselbaar individu willen erkennen en hem een plek willen geven in het gezin, dat het in de rede ligt om aan de ouders schadevergoeding toe te wijzen. Via deze schadevergoeding wordt er geen waardeoordeel over het leven van *het* geboren kind in kwestie geveld, maar slechts over het abstracte gegeven van *een* kind als onderdeel van de gezinsplanning. Ook al effectueert de schade zich pas na de geboorte, toch hangt die schade slechts samen met de kosten voor levensonderhoud van kinderen in het algemeen, en wordt de waarde van het bestaan van het kind als individu niet in twijfel getrokken.

Op dezelfde manier hebben de ouders van een kind met aangeboren handicaps recht op schadevergoeding, wanneer vaststaat dat zij het kind zouden hebben laten aborteren als ze hadden geweten van de handicaps, maar hen die wetenschap is onthouden door een fout van een derde. Dat heeft de Hoge Raad bevestigd in zijn beroemde *Baby Kelly*-uitspraak. Moeilijk aan deze kwestie is dat voor Kelly's ouders niet zozeer de komst van een kind ongewenst was, als wel de komst van een gehandicapt kind. Is het dan toch niet Kelly's concrete, gehandicapte bestaan, waarover de ouders zich beklagen? Ik heb betoogd dat ook hier wel degelijk een onderscheid kan worden gemaakt tussen de fase voor de geboorte, wanneer er sprake is van gehandicapt leven zonder identiteit of persoonlijkheid; en de fase na de geboorte wanneer er sprake is van een gehandicapt meisje, dat Kelly Molenaar heet.

Daarmee erkent de Hoge Raad in *Baby Kelly* evenwel impliciet het belang van ouders om tot een genetische selectie van hun nageslacht te kunnen komen via abortus van embryo's met genetische afwijkingen. Dat komt met name bij de toewijzing van immateriële schadevergoeding aan de ouders naar voren, die de Hoge Raad baseert op de doorkruising van het zelfbeschikkingsrecht van de

ouders. Deze eugenetische tendens vloeit echter niet zozeer uit de erkenning van de wrongful birth claim voort, maar ligt reeds besloten in het gegeven dat abortus op grond van genetische aandoeningen is toegestaan.

Maar hoe zit dat met het gehandicapte kind zelf? Heeft een kind als Kelly recht op vergoeding voor zijn of haar handicapte bestaan? Wanneer het het kind is dat de vordering instelt, en schadevergoeding voor zijn eigen leven claimt (wrongful life), wordt het onderscheid tussen het bestaan als abstract gegeven en het concrete bestaan van het kind hoogst problematisch. Immers, voor het kind is het onmogelijk om naar het eigen leven te kijken als een abstract gegeven, zonder ook een waardeoordeel over zijn huidige, concrete bestaan te vellen. Waar de ouders het perspectief van de gezinsplanning konden innemen, bestaat er voor hun kind geen extern perspectief van waaruit het zijn leven als een abstract gegeven kan evalueren. Daarmee is het onmiskenbaar het eigen “deerniswekkende leven” waarover het kind zich beklaagt. Zo stelt Kelly in rechte ook letterlijk dat zij liever niet geboren had willen worden. Dat voor Kelly een extern perspectief ontbreekt, heeft onder meer tot gevolg dat het voor haar niet mogelijk is om de situatie waarin zij op het moment verkeert te vergelijken met de situatie waarin zij zou hebben verkeerd wanneer de fout niet was gemaakt. Zonder medische fout zouden Kelly’s ouders haar hebben laten aborteren, zodat men om de door Kelly geleden schade te bepalen haar gehandicapte bestaan met haar niet-bestaan moet vergelijken.

De schadevergoeding die de Hoge Raad aan Kelly toewijst is niet uitsluitend voor de onkosten die aan haar handicaps zijn verbonden, maar voor de onkosten die zij voor haar hele leven moet maken. Dat lijkt erop te wijzen dat de Hoge Raad stilzwijgend het *belang* erkent om niet geboren te worden. In de constructie van de Hoge Raad is er weliswaar geen sprake van een *recht* dat het kind eventueel kan uitspelen tegen zijn eigen ouders: het belang om niet geboren te worden wordt vorm gegeven als een afgeleide van de abortusvrijheid van de moeder. Door de omvang van de schadevergoeding (vergoeding voor alle kosten, en niet uitsluitend de kosten die samenhangen met de handicaps) weet de Hoge Raad echter niet de indruk te weerleggen dat het uiteindelijk het belang om niet te worden geboren is dat aan Kelly’s schadevergoeding ten grondslag ligt.

Een van de conclusies van hoofdstuk 5 luidt daarom dat toewijzing van de wrongful life vordering in deze vorm, als schadevergoeding voor het eigen leven, in strijd is met de menselijke waardigheid in haar collectieve dimensie. Op grond van deze lezing van de menselijke waardigheid kent ieder mensenleven een absolute waarde, en kan het leven dus niet aan een bepaalde externe of financiële maatstaf worden gemeten. Het oordeel van de Hoge Raad is daarmee in strijd, omdat het blijkens de omvang van de schadevergoeding uiteindelijk toch berust op een waardeoordeel over Kelly’s leven. Haar leven is volgens de rechter dusdanig deerniswekkend, dat Kelly belang had bij haar eigen abortus. Nu dat belang is geschonden, dient aan haar haar leven te worden vergoed. Wel is de uitspraak in overeenstemming met menselijke waardigheid in haar individuele dimensie: de

schadevergoeding stelt Kelly in staat tot een menswaardig bestaan, zoals de Hoge Raad ook zelf benadrukt.

Een andere interpretatie van de *wrongful life claim* had op dit punt uitkomst kunnen bieden. Kelly's claim had ook kunnen worden uitgelegd als een vordering tot vergoeding van uitsluitend de kosten die met haar handicaps samenhangen. Deze constructie hanteerde de Cour de Cassation in de *Perruche*-zaak. Ook Procureur-Generaal Hartkamp had deze benadering in zijn conclusie bij het *Baby Kelly*-arrest bepleit. De Hoge Raad vond dit pleidooi niet overtuigend, aangezien men daarbij uitgaat van een "gekunstelde splitsing tussen het kind en haar handicaps." En inderdaad, is het niet vreemd dat iemand schadevergoeding krijgt voor de handicaps die inherent zijn aan zijn bestaan? Kelly had op basis van de medische stand van zaken niet anders dan in een gehandicapt lichaam geboren kunnen worden. Wanneer men vergoeding voor de kosten van aangeboren handicaps vordert, vecht men dan eigenlijk niet zijn biologische constitutie juridisch aan? En verwijdt het recht zich daarmee niet te ver van de biologische werkelijkheid? Immers, de kwalificatie van de handicaps als schadepost is slechts mogelijk wanneer men ervan uitgaat dat inbreuk is gemaakt op het belang van Kelly en Nicolas om zonder handicaps geboren te worden. Men maakt dan gebruik van de opzienbarende juridische fictie dat Kelly en Nicolas gezond geboren hadden kunnen worden. Voordeel van deze artificiële benadering is dat zij geen waardeoordeel over het leven van Kelly of Nicolas impliceert, maar slechts over de handicaps. De uitspraak dat hun aandoening een schadepost vormt is weinig controversieel. Bovendien is schadevergoeding voor de handicaps in overeenstemming met de uitleg van menselijke waardigheid als autonomie.

Toch is betoogd dat ook deze interpretatie van de *wrongful life claim* stuit op een bepaald aspect van de beperkende uitleg van de menselijke waardigheid. De menselijke waardigheid vooronderstelt de eenheid van persoon en lichaam, zo is in hoofdstuk 3 naar voren gekomen. Wanneer het rechtssubjecten mogelijk wordt gemaakt om zich in rechte te beklagen over hun aangeboren lichamelijke constitutie, is de juridische persoon niet alleen een abstractie van de mens in biologische zin, maar kan de juridische persoon zijn aangeboren lichamelijke conditie zelfs tot de inzet maken van een juridisch geding. Daarmee wordt een splitsing tussen de persoon in juridische zin en zijn eigen lichaam teweeg gebracht. Het resultaat is een conflict tussen de twee tradities die in hoofdstuk twee zijn beschreven. Vanuit een artificialistische benadering is de juridische scheiding tussen persoon en lichaam goed mogelijk. In de naturalistisch-ontologische traditie, waar de menselijke waardigheid in thuis hoort, zal een dergelijke scheiding echter als te kunstmatig moeten worden verworpen. Op die manier botst deze variant van de *wrongful life claim* op een ander niveau met de menselijke waardigheid. Daarmee is toewijzing van de *wrongful life* vordering, hoe zij ook wordt uitgelegd, strijdig met de menselijke waardigheid.

De *wrongful life* vordering roept zo bezien vragen op over de mate waarin het recht zich van de biologische werkelijkheid mag verwijderen. In de Franse



rechtsdogmatiek heeft de *Perruche*-affaire aanleiding gegeven tot diepgravende debatten over het juridische persoonsbegrip, de aard van het recht en de taak van het recht in de samenleving, met name bij de regulering van de medische biotechnologie. Deze debatten draaien in de kern om de functie van het juridisch persoonsbegrip.

In het tweede deel van het onderzoek heeft de verhouding van het juridische persoonsbegrip tot de biologische aspecten van het menselijk leven centraal gestaan. Daarbij is een onderscheid gemaakt tussen drie verschillende opvattingen over de persoon in het recht. Ieder van deze mensbeelden wordt gekenmerkt door een eigen relatie tot de mens van vlees en bloed, en is herkenbaar in het recht. Aan de persoons- en mensbegrippen zijn drie afzonderlijke hoofdstukken gewijd.

In de technisch-juridische benadering, die het onderwerp van *hoofdstuk 6* heeft gevormd, heeft het juridische persoonsbegrip uitsluitend een technische functie: zij maakt de attributie van rechten en plichten mogelijk. De persoon wordt vanuit dit technisch-juridische perspectief opgevat als een bundel rechten en plichten, een technisch artefact en een abstractie van de fysieke werkelijkheid. In dat verband is ingegaan op de ficties die het technisch-juridisch persoonsbegrip omringen. Het kunstmatige gehalte van dit persoonsbegrip treedt in de *wrongful life* fictie frappant aan het licht. De afstand die tussen de persoon in technisch-juridische zin en de mens van vlees en bloed bestaat, wordt daar op de spits gedreven. Het rechtssubject dat zich beklaagt over de handicaps die inherent zijn aan zijn bestaan, is een rechtssubject dat aan zijn eigen lichamelijke constitutie voorafgaat. De banden van de juridische persoon met zijn eigen lichaam worden rigoureus doorsneden.

Hoewel het technisch-juridische persoonsbegrip een onmisbare constructie voor het recht vormt, schiet zij tekort bij de regulering van de medische biotechnologie. In wezen is dit lege persoonsbegrip niet gemaakt voor regulering van de intrasubjectieve verhouding van de persoon tot zijn eigen lichaam. Als dit persoonsbegrip desondanks wordt toegepast ter normering van handelingen met het menselijk lichaam, is het effect een cartesische scheiding van persoon en lichaam. Het lichaam kan vanuit dit persoonsbegrip gezien slechts gestalte krijgen als een losstaande zaak waarover de persoon zijn subjectieve rechten uitoefent. Binnen de technisch-juridische benadering kan de bijzondere status van het lichaam niet worden verklaard, noch kan daarin de eenheid van persoon en lichaam tot uitdrukking komen.

Dit tekort wringt bij de normering van de medische biotechnologie. Hoewel het lichaam als gevolg van de biomedische technieken feitelijk opsplitsbaar en op onderdelen vervreemdbaar is geworden, blijft men in het recht vasthouden aan de verbondenheid van persoon en lichaam. Die verbondenheid kan geen plaats worden gegeven in het technisch-juridische denkkader. Op dezelfde manier is het



onmogelijk om de beschermwaardigheid van embryo's of het gestorven lichaam uit te drukken in termen van subjectieve rechten.

Anders gezegd, in de praktijk blijken er zekere grenzen te bestaan aan de juridische inventiviteit: het recht mag zich via zijn ficties en constructies niet al te zeer van de biologische werkelijkheid verwijderen. Daarmee zijn het recht noch het juridisch persoonsbegrip te beschouwen als constructies die zich volledig aan de lichamelijke realiteit onttrekken. Het recht legt zichzelf restricties op door verbindingen met de geleefde werkelijkheid aan te gaan. Juist in het kader van de regulering van de medische biotechnologie kan het rechtssysteem het niet stellen zonder een conceptualisering van de lichamelijke aspecten van het leven. De vraag is hoe in het juridisch persoonsbegrip een plaats kan worden ingeruimd voor het menselijk lichaam. Hoe dienen de biologische aspecten juridisch te worden gerepresenteerd? In hoofdstuk 7 en 8 worden twee benaderingen verkend.

Een mogelijkheid die in *hoofdstuk 7* is bekeken, is dat bij de normering van de biomedische praktijk aansluiting wordt gezocht bij een medisch-biologische visie op de mens. De medische en biologische representaties van de mens worden dan als het ware overgeheveld naar het recht. Ofschoon deze tactiek herkenbaar is in het positieve recht, en tot op zekere hoogte ook onvermijdelijk is in regelgeving op het terrein van de medische biotechnologie, is betoogd dat tussen recht en biologische werkelijkheid een principiële distantie dient te worden bewaard. Niet alleen worden biologie en recht in logisch opzicht van elkaar gescheiden als onderdeel van de domeinen van *Sein* en *Sollen*, maar ook kan de poging om dit onderscheid op te heffen resulteren in een ontkenning van de bemiddelende en humaniserende functie van het recht. Wanneer de biologisering en medicalisering van het recht vergaand wordt doorgevoerd, heeft dat gevolgen voor de taakopvatting en het mensbeeld van het recht.

Het recht vormt geen verlengstuk van de biomedische werkelijkheid, maar brengt een normatieve ordening aan in de werkelijkheid via contrafactische begrippen en beginselen. Zodra medische en biologische criteria in het recht domineren, wordt het recht feitelijk ondergeschikt gemaakt aan de biomedische ontwikkelingen. Het recht is dan niet meer in staat de biomedische ontwikkelingen zelfstandig te duiden en van een juridische betekenis te voorzien, laat staan dat het deze technieken kan normeren. Het recht verwordt op dat moment tot een instrument van de biomedische wetenschap. Daarmee wordt ontkend dat het recht een eigen taak heeft te vervullen met betrekking tot de medische biotechnologie.

Waar voorheen de biologische feiten en grenzen als stilzwijgende vooronderstellingen van het recht fungeerden, worden zij in het biomedisch tijdperk in toenemende mate door het recht vormgegeven en bepaald. Doordat biologische grenzen als gevolg van biomedische technieken vatbaar voor menselijke keuzen zijn geworden, breidt het juridisch domein zich uit om ook dit biologische ter-

rein te omvatten. Ter illustratie werd de juridische conceptualisering van de grenzen van het sekseverschil, de dood en de geboorte geanalyseerd. De manipuleerbaarheid en veranderlijkheid van biologische grenzen heeft tot verschillende juridische benaderingen geleid. In het geval van transseksualiteit wordt, waar mogelijk, vastgehouden aan het biologische sekseverschil; de hersendood is daarentegen het resultaat van het verleggen van bestaande grenzen; en in het kader van embryo-wetgeving zijn nieuwe grenzen en categorieën in het leven geroepen om de biomedische realiteit te vatten.

Binnen Latours wetenschapsantropologie wordt deze verbreding van het juridisch domein zichtbaar. Zijn beschrijving van wetenschap in actie legt de keuzemomenten in het wetenschappelijke proces bloot. Deze keuzemomenten lenen zich voor regulering, zodat er eveneens een taak voor het recht is weggelegd bij de sturing van de technisch-wetenschappelijke ontwikkelingen. Op de vraag hoe het recht aan deze taak invulling dient te geven, gaat Latour evenwel niet in. Door tot een nadere duiding van deze taak te komen, kan worden voorkomen dat het recht achter de wetenschappelijke praktijk blijft aanlopen, en ten onder gaat in het geheel van biopolitieke machtsmechanismen.

Betoogd is dat de autonome functie van het recht bij de regulering van de biomedische ontwikkelingen neerkomt op een bemiddeling en normering van de biomedische praktijk via symbolische beginselen en begrippen als de menselijke waardigheid en respect voor menselijk leven. Het recht is geen afspiegeling van de feitelijke werkelijkheid, maar een normatief systeem dat gebeurtenissen en ontwikkelingen in een betekenisvol verband onderbrengt. Op die manier draagt het recht ook bij aan de maatschappelijke duiding van biomedische technieken. Daarmee zijn juridische begrippen en concepten als de juridische persoonlijkheid niet te begrijpen als reflecties van de empirische werkelijkheid, maar als contrafactische constructies.

Vooraf het mensbeeld van de mensenrechten is geen beschrijving van de feitelijke mens, maar een ideaalbeeld. In de regelgeving op biomedisch terrein wordt dit symbolische mensbeeld ingezet ter humanisering van deze technologie. Bij de normering van de biomedische praktijk bestaat het gevaar dat dit persoonsbegrip wordt uitgehold en wordt ontdaan van zijn symbolische, beschermende werking. Het biomedisch mensbeeld staat in meerdere opzichten haaks op het mensbeeld dat in het recht ligt besloten. Het is vooral om deze reden dat de medische biotechnologie het rechtssysteem in zijn fundamenteën treft. Bij de normering van de biomedische praktijk dreigt de juridische persoon te worden teruggebracht tot zijn materiële, biologische verschijningsvorm. In een dergelijke reductionistische benadering is de mens niet meer dan zijn vlees en bloed. Voor een symbolisch mensbeeld, waarin de mens wordt beschouwd als vrij, gelijk en waardig, is dan geen plaats meer.

Om het tekort van het biologisch-juridische mensbeeld te tonen, en te laten zien waarin een ontkenning van de contrafactische van het juridisch persoonsbegrip kan uitmonden, is dit hoofdstuk afgesloten met een beschouwing over de

staat van het recht en het juridisch persoonsbegrip onder het fascistisch bewind in de Tweede Wereldoorlog. Het einde van de Tweede Wereldoorlog en vervolgens het begin van een nieuwe fase in de internationale rechtsorde werd gemarkeerd door de positivering van de menselijke waardigheid, een rechtsbeginsel waarin het symbolische mensbeeld tot rechtsbeginsel wordt verheven. De beschrijving en analyse van de inhoud van dit mensbeeld is bewaard voor het volgende en laatste hoofdstuk.

Bij het duiden van de juridische status van het lichaam en het embryo, schieten zowel de technisch-juridische als de biologisch-juridische benadering van de persoon tekort. Vanuit het technisch-juridische perspectief verschijnt de juridische persoon als een lichaamloos subject, terwijl in een biologisch-juridische benadering de persoon met zijn lichaam geacht wordt samen te vallen. Een derde benadering biedt uitkomst: in een symbolische voorstelling van de mens als eenheid van persoon en lichaam worden de lichamelijke aspecten van het menselijk bestaan in het recht geïncorporeerd, zonder de persoon te reduceren tot zijn fysieke verschijningsvorm. Dit persoonsbegrip is in *hoofdstuk 8* geanalyseerd.

In de rechtspraktijk wordt uitgegaan van de verbondenheid tussen persoon en lichaam, die wordt uitgedrukt via het juridische beginsel van de menselijke waardigheid. Aan het mensbeeld van de menselijke waardigheid ligt de vooronderstelling ten grondslag dat de mens meer is dan zijn vlees en bloed, en dat het lichaam en embryo meer zijn dan willekeurige objecten. Zo kan in discussies over de toelaatbaarheid van handelingen met bijvoorbeeld embryo's, organen en lijken, een biologische benadering niet volstaan. Deze discussies zijn juist zo complex omdat zij uiteindelijk teruggaan op de vraag wat het *betekent* mens te zijn, niet wat mensen feitelijk zijn. De vraag in hoeverre het embryo een persoon of een zaak is te noemen, kan niet op grond van de empirische eigenschappen van het embryo worden beantwoord, maar betreft in wezen de vraag welke symbolische betekenis dit ongeboren leven voor ons heeft. In hoeverre deelt het embryo in de menselijke waardigheid? Wat maakt het embryo tot een bijzondere entiteit? Anders gezegd, bij de vertaling van het lichaam en het embryo naar de taal van het recht, ontkomt men niet aan een symbolische connotaties.

De taak die het recht bij de normering van de biomedische praktijk krijgt toebedeeld is tot een symbolische duiding te komen van de biologische grenzen die het menselijk bestaan tekenen. In het recht wordt deze duiding ontleend aan de menselijke waardigheid. Deze taak wordt in de Franse rechtsdogmatiek de antropologische of symbolische functie van het recht genoemd. Via de symbolische visie op de mens die in de menselijke waardigheid besloten ligt, wordt het niet alleen mogelijk de biologische aspecten en lichamelijke elementen van het menselijk leven een plaats te geven in het recht, maar ook om de biomedische praktijk te normeren, te sturen en te humaniseren. De menselijke waardigheid heeft om die reden het centrale beginsel in het juridisch kader rondom de medische biotechnologie kunnen worden.

Om die reden zijn in dit hoofdstuk de ontwikkeling, betekenis en inhoud van het beginsel van de menselijke waardigheid en het bijbehorende persoonsbegrip aan bod gekomen. Aangezien dit contrafactische mensbeeld niet overeenkomt met de mens uit de geleefde werkelijkheid, maar een collectief ideaalbeeld vormt dat aan een bepaalde plaats en tijd is gebonden, staat dit mensbeeld onder druk. De betwisting van de antropologische montage die het mensbeeld van de menselijke waardigheid is, komt van twee kanten: dit mensbeeld dreigt te worden ondergraven door ten eerste subjectieve aanspraken en rechten, en ten tweede door natuurwetenschappelijke benaderingen van de mens.

Ondanks deze betwistingen wordt de menselijke waardigheid alom als het dragende beginsel van regelgeving op biomedisch terrein beschouwd. In dat verband kan er zelfs van een resymboliseringstendens van het recht worden gesproken. De reden is dat in deze symbolische voorstelling van de mens de ambivalentie van het menselijk bestaan tot uitdrukking kan komen. De dubbele dimensie waarin het menselijk bestaan zich voltrekt is beschreven aan de hand van filosofisch-antropologische beschouwingen van Plessner, Arendt, Cassirer en Lacan. Als uitdrukking van deze dubbele dimensie moet de menselijke waardigheid beschermen tegen reducties van de mens tot een zaak, dier, instrument of samenraapsel van biologische materialen. Dit rijke begrip brengt de fundamentele onherleidbaarheid en onbepaalbaarheid van de mens tot uitdrukking. De mens is geest én lichaam, vrij én gebonden, individu én deel van een groter geheel.

Binnen dit mensbeeld worden de biologische grenzen en aspecten van het bestaan symbolisch en cultureel bemiddeld. Deze aspecten zijn niet langer blote feiten, maar krijgen een symbolische zin en betekenis en worden in het menselijk leven ingeschreven als belangrijke en veelzeggende gebeurtenissen en kenmerken. Zo wordt het lidmaatschap van de menselijke soort bemiddeld tot een lidmaatschap van de mensengemeenschap met onvervreembare rechten, wordt de geboorte beschouwd als de voorwaarde voor rechtssubjectiviteit en wordt het menselijk lijf beschermd als een sacraal object. Op die manier wordt de bijzondere betekenis van het menselijk lichaam, de geboorte en de dood ook op juridisch niveau erkend. Kortom, via de humaniserende werking van de menselijke waardigheid kunnen de biologische grenzen en aspecten van het menselijk leven van een symbolische betekenis en duiding worden voorzien. Juist nu de medische biotechnologie ons confronteert met nieuwe vormen van menselijk leven, zoals het ingevroren embryo, het hersendode lichaam en de uit menselijk celmateriaal gekweekte hartklep, waarvoor traditionele representaties tekort schieten, begint aan het recht bij de benoeming van deze vormen van menselijk leven een bijzondere en doorslaggevende taak toe te komen.

Bij de uitvoering van deze taak moet echter worden gewaakt voor een aantal valkuilen, die zich met name voordoen bij de juridische interpretatie van de menselijke waardigheid. Bovenal dreigt het gevaar van een naturalisering van het mensbeeld dat aan de menselijke waardigheid ten grondslag ligt. De neiging bestaat om de menselijke waardigheid niet als een symbolische constructie te

beschouwen, maar als de weerspiegeling van een bovenmenselijke en tijdloze werkelijkheid. Daarmee wordt iedere discussie bij voorbaat kortgesloten, en dreigt de betekenis van de menselijke waardigheid te worden toegeëigend door een aantal mensen die zich opwerpen als hoeders van de mensheid. Een ander effect is dat de menselijke waardigheid daarmee onderhevig wordt aan verstening en verstarring.

In dat verband kan worden gesproken van een paradox van het juridisch beginsel van de menselijke waardigheid. Met een beroep op de menselijke waardigheid tracht men bescherming te bieden tegen reducties van de mens tot een ding, instrument, dier of tot zijn lichaam. Desondanks bestaat het gevaar dat de poging om de onherleidbaarheid van de mens juridisch tot uitdrukking te brengen via het beginsel van de menselijke waardigheid, juist zelf uitmondt in een reductio-nistisch mensbeeld.

Om die reden moet de symbolische en humaniserende functie van het recht bij de normering van de biomedische technieken noodzakelijkerwijs worden aangevuld met een andere benadering van de mens, die uitgaat van de principiële onbepaalbaarheid van de mens. Deze visie op de menselijke persoon als een “ruimte in het recht” is te vinden in het werk van onder meer Glastra van Loon, 't Hart en Foqué. De menselijke waardigheid fungeert daarbij vooral als een negatieve maatstaf, waaraan aan aantal uiterste grenzen voor menselijk gedrag kunnen worden ontleend. Hoewel deze benadering niet kan volstaan als dragend beginsel bij de regulering van de medische biotechnologie – zij is te leeg en negatief om als juridische leidraad voor concrete biomedisch handelen te fungeren – vormt zij een noodzakelijk tegenwicht bij de juridische normering en symbolisering van de biomedische ontwikkelingen.

Daarmee staat het symbolisch-juridisch persoonsbegrip bij de normering van de medische biotechnologie in het teken van een voortdurende dialectiek tussen een positieve en negatieve duiding van de menselijke waardigheid. Deze dialectiek, die kenmerkend is voor de juridische duiding van de menselijke waardigheid, is principieel onophefbaar. Het symboliseringsproces van de mens kent daarmee geen einde. Definitieve antwoorden kunnen er op dit terrein niet worden gevonden of geboden, ook al betreft de menselijke waardigheid de hoogste waarde van de rechtsorde. Tegelijkertijd is verdere duiding en articulatie van dit symbolisch-juridische mensbeeld noodzakelijk geworden nu de medische biotechnologie het mensbeeld van het recht bevraagt en onder druk zet. Dat betekent dat wij gedwongen zijn de menselijke waardigheid, hoewel zij als funderend beginsel de rechtsorde in zekere zin overstijgt, op de tast verder tot ontwikkeling te brengen. De inherente dialectiek van het beginsel van de menselijke waardigheid heeft evenwel niet als een manco te worden ervaren. Via deze dialectiek wordt recht gedaan aan de gedachte dat “l’humanité est sans cesse à réinventer.”<sup>2016</sup>

2016 M. Fabre-Magnan, “Présentation”, in C. Labrusse-Riou, *Écrits de bioéthique*, Parijs: PUF 2007, p. 42.

## Summary

### *Person and body in the law. Human dignity and self-determination in the era of medical biotechnology*

As a consequence of the emergence of medical biotechnology, the human body is increasingly visible in the law. Within the regulation of biomedical practice the legal person is no longer only understood as the bearer of rights and duties, but also as a human being with a body of flesh and blood. The legal constructions that have been created to represent the realities of the human body in law are described and analyzed in this research.

Even though the law refers in diverse ways to the biological aspects of human existence, it is undisputed that the process of 'embodiment' of the legal person has been accelerated due to the advances in biomedical science. New concepts, categories and principles have been and are developed to provide a legal framework for this technology. More than in any other field of law, regulation of medical biotechnology confronts lawyers with matters of life and death. What does it legally mean to be human, to have a body, to be a person, to be born, to die and to be conceived? Especially the interpretation and elaboration of the concept of legal personality has come out to be of great importance in this process. In this book, I argue that the legal category of the person is the central notion in the legal-theoretical debate surrounding biomedical regulation.

Since medical biotechnology evokes questions about the status of the human body, the regulation of this field touches upon the foundations of the legal system. The human body goes beyond the *summa divisio* of law: the distinction between legal subjects and objects. On the one hand, one does not dispose of one's body as a random object or commodity. Instead, the body can be viewed as one of the constitutive components of personality and humanity. On the other hand, human persons are not completely defined by their bodies. A person is more than flesh, blood and bones. Man exceeds the physical aspects of life by choosing his own destiny and giving meaning to the biological aspects of his life such as birth, sexuality, family ties and death.

As a consequence, reflection about the relation between law and the biological aspects of human existence has become urgent. It is no less than the legal view of man, and the meaning of the fundamental principles of human dignity and self-determination, that are called into question by the possible biomedical interventions with human life. Furthermore, the juridification of the body brings about

an intensification of public interference with the most intimate sphere of personal life. That raises the question to what extent the embodiment of the subject of law can and should go. In short, what should the role of law be in the regulation of biomedical technology?

*Part I* of my research is devoted to the legal framework of biomedical regulation, whereas *Part II* focuses on the meaning and interpretation of the legal concept of personhood.

In *Chapter 1* the book's themes are explored in broad terms. What is at stake in medical biotechnology? Why do the life sciences give rise to a renewed articulation and even reconsideration of the foundations of law? My thesis is that biomedical science forms the object of extensive regulation and innumerable legal prohibitions and restrictions, because people fear that the view of mankind that underlies our existing moral and legal conceptual framework will be uprooted. This view of man is usually referred to as the subject of human dignity. The biomedical view of man conflicts with the view of man implicit in human rights to such a degree, that a restriction of the use and development of these techniques is thought to be imperative. Consequently, the relationship of the individual to his body has become the focus of legal attention. In the discussions about the possible use of biomedical technology, roughly two opposing views can be distinguished. Both correspond with particular concepts of man. Some authors call for the recognition of a right to bodily self-determination, while others advocate restrictions based on the unity of person and body that is presupposed by the principle of human dignity. The legal question is to what extent the law reflects these viewpoints.

To formulate an answer to that question, *Chapter 2* first investigates the ways in which the human body, body parts and derived human material are legally defined and qualified. The legal representation of the human body, which is indispensable in biomedical regulation, has turned out to be a challenge. The traditional legal vocabulary, in which the distinction between *persons* (personen) and *things* (zaken) is prevalent, falls short when it comes to qualification of the physical aspects of life. The human body is neither completely a person nor a thing. Despite these shortcomings, efforts are made to fit the body in into this dualistic qualification system. In that process the body is defined either as a special sort of thing, or a special part of the person. Traces of both approaches can be pointed out in law. In accordance with French legal doctrine I propose to view these two solutions as going back to two different traditions containing different concepts of legal personality.

In the artificialist tradition, which dates back to Roman law, the subject of law is a technical abstraction that does not necessarily coincide with persons from lived reality. For instance, some people could be deprived of legal personality, such as slaves, and several people could be legally conceived as one person. Because of



its highly artificial nature, the human body is virtually absent in this approach. As a result the body can only be legally qualified as a thing. What remains from this tradition in our current legal system is that the body is still often legally categorized as a thing. This qualification is usually accompanied by certain limitations. In other words, the body is then viewed as a special thing, comparable to the concept of the *res extra commercium* from Roman law.

Contrastingly, in the naturalist tradition, the subject of law is viewed as a concept with ontological underpinnings and connotations. Legal subjects are considered to be the legal counterparts of real life people. This naturalization of legal personality has its source in medieval canon law. Over the centuries, this conception has become secularized. A contemporary manifestation of this approach lies in the concept of human rights and human dignity. Within this tradition it makes sense to legally define the body and its parts as special parts of human persons. A good example is the fact that physical damages qualify in Dutch law as a violation of personality (Article 6:106 par. 1 sub b BW).

However, whether the human body qualifies as a special thing or as part of the person in specific circumstances, depends on external factors. Decisive in these decisions are fundamental legal principles, such as respect for physical integrity and human dignity. In *Chapter 3* an analysis is provided of these legal principles. Three legal systems are studied: the Dutch, French and European approach. In Dutch legal doctrine the right to bodily self-determination has traditionally been heavily emphasized. One of the main points in this research is that this approach, however valuable and fundamental, cannot account for the innumerable legal restrictions on bodily self-determination that are posed within the regulation of biomedical technology. A one-sided approach based on self-determination fails to take into account the special status that the human body has in law, regardless of the way the individual experiences his or her body. In an era in which person and body can increasingly be separated by technological intervention, the law continues to adhere to the unity of person and body. This embodiment of legal personality is mainly brought about by the legal principle of human dignity.

Unlike their Dutch colleagues, French legal scholars have extensively and thoroughly analyzed the concept of human dignity, which has been recognized in French law as a fundamental principle within the regulation of medical biotechnology since 1994. The normative view of man underlying this principle is used as protection against possible risks of medical biotechnology to man, such as the instrumentalization, commercialization, bestialization, commodification and disintegration of human persons. This principle gives expression to the way the law offers protection to the human body even independently of the subjective experiences of one's body. Bodily self-determination is not the decisive factor in these matters, and is complemented by the principle of human dignity. The reason is that what is at stake in these matters is one's humanity and dignity, without which human freedom is not possible.



The question then becomes from which moment on self-determination results in a violation of the unity of person and body. Authors who argue that it should be up to the individual to decide when his human dignity is in danger, make use of an interpretation of human dignity as empowerment. Other authors claim that violations of human dignity, such as the instrumentalization and objectification of people, can take place even when the individual in question agreed to the degrading way he is treated or treats himself. These authors make use of an interpretation of human dignity as constraint.

In the case law of the European Court of Human Rights (ECHR) elements of both the Dutch and French approach can be detected. Yet in recent years the Dutch approach seems to become more influential, especially in the cases that revolve around Article 8, the right to private and family life. Since its *Pretty*-case from 2002, in which the principle of autonomy was underlined, the Court has set a development into motion which resulted in *K.A. & A.D.* in the recognition of the right to bodily self-determination.

*Chapter 4* focuses on the legal status of the embryo. Again a comparison is made between Dutch, French and European law. Like the human body, the embryo is neither person nor thing. It does not have legal subjectivity or any legal rights, but is provided special legal protection, which raises it above the status of a thing. Although legal scholars disagree as to the specific status of the embryo, there is a prevailing consensus that the embryo can be legally defined as a human being. As such the embryo occupies a special place in the law, based on the principle of respect for human life.

However, unlike the human body, the embryo's legal status is more variable and disrupted. One of the reasons for that is the embryo's constant development. In Dutch legal doctrine the fluctuating legal status of the embryo before birth is considered to be a reflection of its physical growth during this period. French lawyers however, stress the social and symbolic dimension of the scope of protection afforded to the embryo. From this perspective it is not only the embryo's connections with humanity, but also the intentions with which the embryo was created and its relation to its parents that contribute significantly to the embryo's legal protection. I argue that both the Dutch and French approach can be identified in current legislation. Both the embryo's biological growth and its gradual socialization and symbolization are part of the process of the humanization of human life. This process culminates at birth, when the child enters the public world, in the attribution of legal personality.

In the context of the European Convention of human rights, the status of the embryo remains rather implicit. One of the reasons is that questions about the embryo give rise to strong ethical dissensus among the Member States of the Council of Europe. In such cases a wide margin of appreciation is usually allowed to Member States to resolve the matter. A more fundamental reason, however, is that the language of subjective rights is not well suited to express the level of pro-

tection afforded to human embryos. Because of the wide margin of appreciation allowed in these cases, the Grand Chamber of the Court did not provide an answer in its *Vo*-case to the question whether embryos qualify for protection based on the right to life (Article 2). Yet it is clear that even if embryos would have a right to life, it would be quite a limited right, since most States permit abortion, as the Court itself has also emphasized. In addition, the Grand Chamber of the Court ruled in *Evans* that embryos in vitro are definitely excluded from the group of persons with a right to life. In short, the level of protection provided to the embryo does not lend itself well to expression in term of human rights. Rather, I suggest in the concluding remarks of this chapter, the embryo is more often represented in this context as the object of human rights, such as the right to family life (Article 8), than as the subject of those rights.

In wrongful birth and wrongful life suits (*Chapter 5*) several themes from the preceding chapters come together: the right to self-determination, respect for human life, the legal meaning of birth, the two interpretations of human dignity and the relation between legal persons (with artificial personality) and human beings. A wrongful life suit offers a child that was born handicapped the legal means to protest against his or her congenital handicaps or even its complete disabled life, depending on the interpretation of the claim. The claim is only admissible if a doctor, obstetrician or medical researcher has deprived the prospective parents of the possibility to resort to an abortion of the child. The Dutch and French Supreme Court have recognized the wrongful life action, though they made use of different interpretations of the claim. I argue that both interpretations of the claim at some level pose a violation of human dignity.

In the Dutch Supreme Court decision *Baby Kelly*, the handicapped girl Kelly Molenaar was awarded damages for her entire life. The Court's reasoning was that separating Kelly's handicaps from her life would be too artificial, since she could not have been born without them. Although the Court argues that it did not thereby recognize a right not to be born, I try to show that what it did recognize was at least a legal interest not to be born. Her damages exist because she was not aborted. That way Kelly's life is measured according to some external standard, and is judged to be so pitiful, or "deerniswekkend" as the Supreme Court put it, that Kelly had an interest to have been aborted. I argue that this interpretation is at odds with the interpretation of human dignity as constraint.

In the French *Perruche*-decision, Nicolas Perruche was only awarded damages for his handicaps. To do that, the French Supreme Court had to rely on the legal fiction that Nicolas could have been born without handicaps. Although the Court thereby prevented measuring Nicolas' entire life to an external standard, its decision is in conflict with human dignity at another level. The wrongful life fiction is based on a rather artificial conception of personality. When legal subjects are allowed to make their physical constitution the object of a lawsuit, although they could not have been born otherwise, a radical separation between legal persons

and their bodies is effectuated. Since the principle of human dignity presupposes the unity of person and body, it can be argued that the wrongful life fiction thereby conflicts with the view of man implicit in human dignity.

In *Part II* of this research the relationship between legal personality and the biological dimension of life is investigated. For that purpose I distinguish three types of legal personality that are functional at different levels in the law: a technological-juridical personality, a biological-juridical vision of man and a symbolic-juridical personality. An understanding of these legal personae is necessary in order to understand the special function that law fulfils within the regulation of medical biotechnology.

In the technical-juridical approach (*Chapter 6*) legal personality serves a strictly technical goal: the attribution of rights and duties. From this perspective legal persons are no more and no less than points of legal imputation, legal-technical artifacts that are abstractions from physical reality. Although the technical-juridical personality is an indispensable legal construction enabling the allocation of rights and duties, it cannot satisfy within the context of the regulation of biomedical advances. The purpose of this concept of personality lies in the regulation of intersubjective relation between persons, not the intrasubjective of a person with his body. If this personality is nevertheless applied to regulate acts with the human body, the effect is a cartesian separation of person and body. From this artificial concept of legal personality the body can only be represented as a detached object, over which persons exert their subjective rights. Within this approach the special legal status afforded to the human body or human embryos cannot be explained, nor can this approach do justice to the special ties that exist between person and body. In short, the physical dimension of human existence cannot be properly represented through this concept of personality. It is too abstract, empty and technical to take the complex reality of the human body into account.

The two other types of legal personality offer ways to recognize the reality of the human body on a legal level. Furthermore, in the biological-juridical approach the biological representation of man is transposed to a legal context (*Chapter 7*). Although this strategy can be identified in various legal texts, and is to some extent inevitable in the regulation of medical biotechnology, I hope to show in this chapter that we must strive to keep the fundamental distance between law and biology in place. Not only are law and biology separated as parts of the domains of *Sein* and *Sollen*, but also can the attempt to abolish this distinction result in the denial of the mediating and humanizing function of law. The law is not an extension of biomedical reality, but offers a symbolic and institutional mediation of biological facts and biomedical technology. As soon as medical and biological criteria start to dominate in law, and a biologization of law is set in motion, law is practically reduced to a facilitator of biomedical advancement. The law would not

be able to give an autonomous interpretation of reality anymore, and would become subservient to a biological view of the world and what it means to be human.

Moreover, especially in the practice of biomedical technology this view is doomed to fail. Biological characteristics are not a given anymore, but have become susceptible to change and alteration. For example, the boundaries of birth, death and the difference between the sexes have become blurred and subject to certain political and individual choices.

Last but not least, the reductionist view of man that biology and medicine offer is at odds with the view of man implicit in human dignity. In a biological approach concepts as freedom, equality and human dignity are non-existent. Therefore, the subject of human dignity necessarily transcends the biological aspects of life.

*Chapter 8* contains an analysis of the subject of human dignity, which I call symbolic-juridical personality. Human dignity can be understood as a normative, counterfactual view of mankind. In a way, this personality is based on a vision of man as a *homme rêvé*, a dreamt man, since it offers an idealized view of man. In that respect, this personality shows a resemblance to the technical-juridical personality, with which it shares its artificial nature. At the same time however, the principle of human dignity has been able to become the central principle of biolaw, precisely because of its ability to take the physical aspects of existence into account and to give those aspects a legal meaning. That means that the symbolical-juridical personality is connected to the biological-juridical conception of man too.

In other words, through this personality the biological dimension of life is incorporated in law without reducing man to his physical characteristics. In the principle of human dignity the technical and biological approach of legal personality come together. That way human dignity offers a legal expression of the double dimension in which human life takes place: man is both body and mind, determined and free, part of a bigger whole and an individual. In that sense human dignity can be understood as an expression of the irreducible nature of mankind. This legal principle offers protection when biomedical technology threatens to reduce man to an instrument, commodity, object or animal. For example, reproductive cloning is prohibited, because the international legal order fears for the instrumentalization of the clone to the wishes of his parents.

The importance of this legal conception of man lies in the way it enables us to give a legal expression to what it means to be human. People are more than just their bodies, and human embryos and bodies are in their turn more than just ordinary objects. The discussions about the regulation of medical biotechnology are not so much about what human bodies, organs, embryos and corpses would be on a factual, empirical level, but what their symbolic value is to us. The main argument in this chapter is that a legal approach of biomedical matters cannot do without a symbolical dimension. When the realities of life in the biological sense are translated to legal language, symbolic connotations are inevitable.

In French legal theory this function has been called the symbolic or anthropological function of the law. In the regulation of biomedical developments the law fulfils a humanizing function. Through the legal principle of human dignity the law, now more than ever, provides a way to collectively define and give meaning to the biological and physical aspects of life. The membership of the human species becomes the basis for inalienable rights, birth becomes the condition for legal subjectivity and dead bodies are protected as sacred objects. Now that medical biotechnology confronts us with new forms of human life, for which traditional representations fall short, such as the frozen embryo, the pulsating braindead body, the human organ that is no longer connected to one body, the totipotent stem cell that can still acquire many forms and the artificial heart valve that was created out of human tissue, the law increasingly fulfils an essential and decisive function in the definition and representation of these new forms of human life.

## Geraadpleegde literatuur

- H. Achterhuis, *De erfenis van de utopie*, Amsterdam: Ambo 1998.
- G. Agamben, *Homo sacer. De soevereine macht en het naakte leven*, Amsterdam: Boom/Parrèsia 2002.
- A.J. Akkermans en A.J. Van, "De medische expertise bij personenschade: knelpunten en mogelijke oplossingen", *TVP* 2002, nr. 2, p. 57-61.
- A. Altman, "Rechtsrealisme, Critical Legal Studies en Dworkin", in: C.W. Maris en F.C.L.M. Jacobs (red.), *Rechtsvinding en de grondslagen van het recht*, Assen: Van Gorcum 1996, p. 219-240.
- R. Andorno, *La bioéthique et la dignité de la personne*, Parijs: PUF 1997.
- G.J. Annas, L.B. Andrews en R.M. Isasi, "Protecting the endangered human: toward an international treaty prohibiting cloning and inheritable alterations", *American Journal of law & medicine*, vol. 28, 2002, p. 151-178, zie <[www.geneticsandsociety.org/downloads/2002\\_ajlm\\_annasetal.pdf](http://www.geneticsandsociety.org/downloads/2002_ajlm_annasetal.pdf)>.
- R. Antelme, *De menselijke soort*, Nijmegen: SUN 2001.
- H. Arendt [1951], *The origins of totalitarianism*, San Diego/New York/Londen: Harvest/Harcourt 1973.
- H. Arendt [1958], *The human condition*, Chicago en Londen: Chicago University Press 1998.
- H. Arendt [1963], *On revolution*, New York: Viking Press 1966.
- H. Arendt, *Men in dark times*, San Diego/New York/Londen: Harvest/Harcourt 1968.
- G.M. van Asperen, *Het bedachte leven. Beschouwingen over maatschappij, zingeving en ethiek*, Amsterdam: Boom 1993.
- E.C.A. Asscher, "Op weg naar een ethocratie? Transparantie en bio-ethische beleidsargumentatie", *NJB* 2008, p. 1336-1343.
- H. Atlan, M. Augé, M. Delmas-Marty, R-P. Droit en N. Fresco, *Le clonage humain*, Parijs: Seuil 1999.
- H. Atlan, *L'utérus artificiel*, Parijs: Seuil 2005.
- M. Atwood, *Oryx en Crake*, Amsterdam: Bert Bakker 2003.
- L. Aynès, "Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de Cassation", *Recueil Dalloz* 2001, nr. 6, p. 492-496.
- M. Barendrecht, J. Vranken, W. van Boom, M. Borgers, W. van der Burg, I. Giesen, B. van Roermund en H. Tijssen, "Methoden van rechtswetenschap: komen we verder?", *NJB* 2004, p. 1419-1428.
- H. Battjes en B.P. Vermeulen (red.), *Constitutionele klassiekers*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007.
- J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Parijs: Seuil 1993.
- D. de Béchillon, O. Cayla en Y. Thomas, "L'arrêt Perruche, le droit et la part de l'arbitraire", *Le Monde*, 21 december 2000.

- D. de Béchillon, "Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire", *RTDCiv.*, januari/maart 2002, p. 47-69.
- B.C. van Beers, "De mysterieuze status van het embryo", *NJB* 2005, nr. 13, p. 678-685.
- B.C. van Beers, "A right not to be born? European perspectives on wrongful life and human dignity", in: H. Shiroyama en Y. Nishikawa (red.), *Reconstructing legal systems. Part III Science, technology, and law*, Tokyo: University of Tokyo Press 2007, p. 31-44.
- B.C. van Beers (2009a), *De humaniteit van humane biotechnologie. Juridische perspectieven op menselijke waardigheid en medische biotechnologie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2009-I), Deventer: Kluwer 2009, p. 97-145.
- B.C. van Beers (2009b), "Boekbespreking" (bespreking van: M. Buijsen (red.), *Onrechtmatig leven? Opstellen naar aanleiding van Baby Kelly*, Nijmegen: Valkhof Pers 2006), *R&R* 2009-1, p. 65-71.
- F. Bellivier, "Chronologie du contentieux relatif à la naissance d'un enfant handicapé (principales décisions des juridictions administratives et civiles)", *La recherche sur l'embryon: qualifications et enjeux* (numéro spécial de *Revue Générale de Droit Médical*) 2000, p. 67-88.
- F. Bellivier en P. Egea, "Les chemins de la liberté (petite leçon de la biopolitique)", *Recueil Dalloz*, 2004, nr. 10, p. 647-652.
- F. Bellivier en P. Egea, "L'être humain sans qualités", in: S. Hennette-Vauchez (red.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, Parijs: LGDJ 2006, p. 121-133.
- R.J.B. Bergamin, *De persoon in het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000.
- A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître* (diss. Parijs Panthéon-Assas), Aix-en-Provence: PUAM 2003.
- M. Betz Hull, *The hidden philosophy of Hannah Arendt*, Londen/New York: Routledge 2002.
- D. Beyleveld en Roger Brownsword, "Human dignity, human rights, and human genetics", in: R. Brownsword, W. Cornish en M. Llewelyn (red.), *Human genetics and the law. Regulating a revolution*, Oxford: Hart Publishing 1998, p. 69-88.
- D. Beyleveld en R. Brownsword, "My body, my body parts, my property?", *Health Care Analysis* Vol. 8, nr. 2. 2000, p. 87-99.
- D. Beyleveld en R. Brownsword, *Human dignity in bioethics and biolaw*, Oxford: Oxford University Press 2001.
- J. Bindé, "Humain, encore humain", *Diogenes* 2004, nr. 206, p. 70-78.
- J.-R. Binet, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine* (diss. Toulouse), Parijs: PUF 2002.
- X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux* (diss. Toulouse), Parijs: Dalloz 2003.
- X. Bioy, "Les crimes contre l'espèce humaine. Ou de la réintroduction en droit d'une espèce de référent naturel", in: S. Hennette-Vauchez (red.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, Parijs: LGDJ 2006, p. 101-119.
- P. Birmingham, *Hannah Arendt and human rights. The predicament of common responsibility*, Bloomington: Indianapolis University Press 2006.

- M. de Blois, "Self-determination or human dignity; the core principle of human rights", in: M. Bulterman, A. Hendriks en J. Smith (red.), *To Baehr in our minds, essays on human rights from the heart of the Netherlands. SIM Special No. 21*, Utrecht 1998, p. 523-539.
- P.H. Blok, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip 'privacy' in het Nederlandse en Amerikaanse recht*, Amsterdam: Boom 2002.
- P.H. Blok, "Is er privé-leven na de dood?", *NJB*, afl. 6, 7 februari 2003, p. 273-278.
- P.H. Blok, "Bowers versus Lawrence: De grenzen van de privé-sfeer herzien", *NJCM-Bull.* 2004, nr. 1, p. 31-38.
- J. de Boer, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 1 *Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2006 (Asser/De Boer 2006).
- J.A. den Boer, *Neurofilosofie – Hersenen, bewustzijn, vrije wil*, Amsterdam: Boom 2003.
- Th. de Boer, *Grondslagen van een kritische psychologie*, Baarn: Ambo 1980.
- Th.A. Boer (red.), *Zelf beschikken? Wensen van patiënten: mogelijkheden en grenzen*, Kampen: Kok 1995.
- Th.A. Boer, "Wat heet zelf beschikken?", in: Th.A. Boer (red.), *Zelf beschikken? Wensen van patiënten: mogelijkheden en grenzen*, Kampen: Kok 1995, p. 1-15.
- L. Boltanski, *La condition foetale. Une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, Parijs: Gallimard 2004.
- N. Bostrom, "In defense of posthuman dignity", *Bioethics* vol. 19, 2005, no. 3, p. 202-214, <[www.nickbostrom.com/ethics/dignity.html](http://www.nickbostrom.com/ethics/dignity.html)>.
- N. Bostrom, "Dignity and enhancement", in: The President's Council on Bioethics, *Human Dignity and Bioethics. Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, Washington D.C. 2008, p. 173-207, <[www.bioethics.gov/reports/human\\_dignity/chapter8.html](http://www.bioethics.gov/reports/human_dignity/chapter8.html)>.
- S.J.R. Bostyn, E.J. Dommering, J.K.M. Gevers en B.M. Vroom-Cramer, *Moderne biotechnologie en recht*, Deventer: Kluwer 2001.
- S.J.R. Bostyn, "DNA-octrooien: mag het ook een beetje meer zijn?", *NJB*, 2002, p. 253-259.
- H. Boussard, "Individual human rights in genetic research: blurring the line between collective and individual interests", in: T. Murphy (red.), *New technologies and human rights*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 246-271.
- J.A. Bovenberg, *Property rights in blood, genes & data: naturally yours?* (diss. Leiden), Leiden: Martinus Nijhoff 2005.
- Th.A.M. te Braake, "Juridische mogelijkheden en grenzen van late zwangerschapsafbreking", *TvG* 1992, p. 455-466.
- Th.A.M. te Braake, "De juridische status van het embryo: een stevig aangemeerde leer", *TvG* 1995, p. 80-84.
- Th.A.M. te Braake, "Wetgeving inzake wetenschappelijk onderzoek met menselijke embryo's. Enkele aandachtspunten", *TvG* 1998, p. 273-286.
- Th.A.M. te Braake, "Zorgvuldigheid bij en toetsing van late zwangerschapsafbreking. Over het rapport van de Overleggroep late zwangerschapsafbreking", *TvG* 1998, p. 470-484.
- Th.A.M. te Braake, "Status en bescherming van de menselijke vrucht: heerst de leer van Leenen terecht?", *TvG* speciaal nummer/2001, p. 5-11.
- Th.A.M. te Braake, "Misverstanden rond de Embryowet", *NJB* 2003, nr. 22.



- Th.A.M. te Braake, "Het voorstel van Wet inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's (Embryowet)", in: S.C.J.J. Kortmann en B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Kluwer: Deventer 2004, p. 169-186.
- S. Breton (2002a), "La personne juridique, le sujet du désir et la norme sociale", *Esprit* juni 2002, nr. 285, p. 29-54.
- S. Breton (2002b), "Norme juridique et norme sociale", *Esprit* juni 2002, nr. 285, p. 55-79.
- A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1991.
- A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, "De juridische status van het pre-embryo in vitro", in: E.H. Hondius, W.G. Huijgen, J. Hijma, T.J. Mellema-Kranenburg en J.H. Nieuwenhuis (red.), *Quod licet. Kleijn-bundel*, Deventer: Kluwer 1992, p. 33-44.
- J.M. Broekman, *Mens en mensbeeld van ons recht. Deel I: antropologie*, Leuven: Acco 1983.
- P.W. Brouwer, R.J.B. Bergamin, A.M. Bos, C.L.B. Kocken, E. Poortinga, G.J.M. Veerman en J.J.C.M. Wirken, *Recht, een inleiding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
- A. Buchanan, D. Brock, N. Daniels en D. Wikler, *From chance to choice: Genetics and justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2000.
- M.A.J.M. Buijsen (2002a), "De betekenis van Pretty v. Verenigd Koninkrijk voor de Nederlandse euthanasiepraktijk", *NJB*, 2002 afl. 24.
- M.A.J.M. Buijsen (2002b), "Geen recht op een zachte dood", *Medisch Contact*, jrg. 57 nr. 32/33 9 augustus 2002.
- M.A.J.M. Buijsen, "Goed en kwaad buiten het recht: de zaak van Jodie en Mary", *AA*, 2003, nr. 12, p. 919-923.
- M.A.J.M. Buijsen, "In overeenstemming met de aard van de schade?", *NJB*, 2005, 16, p. 835-840.
- M. Buijsen (red.), *Onrechtmatig leven? Opstellen naar aanleiding van Baby Kelly*, Nijmegen: Valkhof Pers 2006.
- W. van der Burg en P. Ippel (red.), *De Siamese tweeling. Recht en moraal in de biomedische praktijk*, Assen 1994.
- W. van der Burg en H. Oevermans, "Grondrechten in de gezondheidszorg. Beperkingen van de gangbare grondslagenbenadering", in: W. van der Burg en P. Ippel (red.), *De Siamese tweeling. Recht en moraal in de biomedische praktijk*, Assen 1994, p. 187-202.
- W. van der Burg, "De juridische 'status' van het embryo: een op drift geraakte fictie", *TvG* 1994, nr. 7, p. 386-401.
- W. van der Burg, "Symboolwerking van embryo-wetgeving", *NJB* 1995, afl. 33, p. 1236-1241.
- W. van der Burg, "Gezondheidsrecht en bio-ethiek: op naar een nieuwe verhouding", *R&R* 1996, afl. 3, p. 192-206.
- J. Butler, "Dehumanization via indefinite detention", in: D. Goldberg, V. Goldberg en R. Greenwald (red.), *It's a free country. Personal freedom in America after 9/11*, New York: Akashic Books 2002, p. 265-279.
- G. Canguilhem, "Le problème des régulations dans l'organisme et dans la société", in: G. Canguilhem, *Écrits sur la médecine*, Parijs: Seuil 2002, p. 101-125.
- J. Carbonnier, *Droit civil, tome 1. Les personnes*, Parijs: PUF 2000.
- E. Cassirer, *An essay on man. An introduction to a philosophy of culture*, New Haven/Londen: Yale University Press 1972.
- O. Cayla, "Ouverture: Bioéthique ou biodroit?", *Droits* 1991, nr. 13, p. 3-18.

- O. Cayla, "Le droit de se plaindre. Analyse du cas (et de l'anti-cas) Perruche", in: O. Cayla en Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Parijs: Gallimard 2002, p. 21-87.
- O. Cayla, "Dignité humaine: le plus flou des concepts", *Le Monde*, 31 januari 2003.
- P.B. Cliteur en R.G.T. van Wissen, "De menselijke waardigheid als grondslag voor mensenrechten. Een beschouwing over het werk van Kant en Schopenhauer in relatie tot de filosofische reflectie over de mensenrechten", in: G.A. van der List (red.), *De rechten van de mens. Liberale beschouwingen*, Den Haag: Teldersstichting 1998.
- P.B. Cliteur, *De filosofie van mensenrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.
- P.B. Cliteur, *Darwin, dier en recht*, Amsterdam: Boom 2001.
- P.B. Cliteur en A. Ellian, *Grondslagen*, Deventer: Kluwer 2006.
- P. Cobben, "Autonomie versus zorgplicht", *NJB* 1997, nr. 11, p. 481.
- M. Coolen, "Becoming a cyborg as one of the ends of disembodied man", in: R.F. Chadwick, L. Introna & A. Marturano (red.), *IT and the Body*, 2001, p. 49-59.
- M. Coolen, "Transhumane antropologie", *Filosofie en Praktijk*, 2003, p. 52-56.
- CCNE, *Handicaps congénitaux et préjudice*, no. 68, 29 mei 2001.
- C. Crignon-de Oliveira & M. Gaille-Nikodimov, *À qui appartient le corps humain? Médecine, politique et droit*, Parijs: Les Belles Lettres 2004.
- M. Davies en N. Naffine, *Are persons property? Legal debates about property and personality*, Burlington USA: Ashgate 2001.
- W. Dekkers, C. Hoffer en J.-P. Wils, *Besnijdenis, lichamelijke integriteit en multiculturalisme. Een empirische en normatief-ethische studie*, Budel: Damon 2006.
- D. Delaney, *Law and nature*, Cambridge: Cambridge University Press 2003.
- M. Delmas-Marty, "Certitude et incertitudes du droit", in: H. Atlan, M. Augé, M. Delmas-Marty, R.-P. Droit en N. Fresco, *Le clonage humain*, Parijs: Seuil 1999, p. 67-115.
- V. Derckx en E. Hondius, "The rights of the embryo and the foetus under Dutch law", in: *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 6.4, December 2002, p. 391-406.
- D. Deroussin, "Personnes, choses, corps" in: E. Dockès et G. Lhuillier (red.), *Le corps et ses représentations*, Collection 'Théories et droit', Dijon: Litec 2001, p. 79-146.
- P. Descamps, *Un crime contre l'espèce humaine? Enfants clonés, enfants damnés*, Parijs: Les Empêcheurs de Penser en Rond 2004.
- P. Descamps, *Le sacre de l'espèce humaine. Le Droit au risque de la bioéthique*, Parijs: PUF 2009.
- D. Dickenson, *Lichaam en eigendom*, Amsterdam: Boom/Stichting Internationale Spinozaprijs 2006.
- J. Dierx, "Pragmatistische en symbolische mensenrechten", *Nemesis* 1997-5, p. 182.
- J. Dierx, "NJSM", *Nemesis* 1998-1, p. 35.
- P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn en L. Zwaak (red.), *Theory and practice of the European Convention of Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006.
- H. de Dijn, *Taboes, monsters en loterijen. Ethiek in de laat-moderne tijd*, Kapellen/Kampen: Pelckmans en Klement 2003.
- X. Dijon, "Het juridisch statuut van het menselijk lichaam", in: J. Velaers (red.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen: MAKLU 1996, p. 100-116.

- E. Dockès et G. Lhuillier (red.), *Le corps et ses représentations*, Collection ‘Théories et droit’, Dijon: Litec 2001.
- W. Dondorp, “Vergoeding van IVF: alleen als het echt nodig is?”, *Filosofie en Praktijk* 2004 nr. 1, p. 14-27.
- R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard University Press 1978.
- R. Dworkin, *Law’s empire*, Cambridge: Belknap Press 1986.
- R. Dworkin, “What is sacred?”, in: R. Dworkin, *Life’s dominion*, New York 1993, p. 68-101.
- R. Dworkin, “De onterechte angst voor god te spelen”, in: P. Sloterdijk, *Regels voor het mensenpark*, Amsterdam: Boom 1999, p. 125-132.
- R. Dworkin, “Playing God: genes, clones, and luck”, in: R. Dworkin, *Sovereign virtue. The theory and practice of equality*, Cambridge/London: Harvard University Press 2000, p. 427-452.
- R. Dworkin, “The court and abortion: Worse than you think”, *New York Review of Books*, vol. 54, Number 9, 31 mei 2007, zie <[www.nybooks.com/articles/20215](http://www.nybooks.com/articles/20215)>.
- H.M. Dupuis, “Eigen keuzen van patiënten: schildrecht en claimrecht”, <[www.medische-ethiek.nl/modules/smartsection/item.php?itemid=36](http://www.medische-ethiek.nl/modules/smartsection/item.php?itemid=36)>, 2003.
- B. Edelman, *La personne en danger*, Parijs: PUF 1999.
- B. Edelman, “Le Conseil constitutionnel et l’embryon”, *Recueil Dalloz* 1995, p. 205-210.
- B. Edelman, “L’arrêt Perruche: Une liberté pour la mort?”, *Recueil Dalloz*, 2002, nr. 30, p. 2349-2352.
- B. Edelman, “De la propriété-personne à la valeur-désir”, *Recueil Dalloz* 2004, nr. 3, p. 155-160.
- B. Edelman, *Quand les juristes inventent le réel. La fabulation juridique*, Parijs: Hermann Éditeurs 2007.
- J. Eggens, *Over het fingeren van rechtsficties* (oratie UvA), Haarlem: De Erven F. Bohn 1958.
- J. Eggens [1949], “Een man een man, een woord een woord”, in: H.C.F. Schoordijk en J.M. Smits (red.), *Eggens bundel. Een selectie uit het werk van Jannes Eggens*, Overveen: Uitgeverij Belvédère/Boekhandel De Kloof 1998, p. 350-361.
- H.J. van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*, Deventer: Kluwer 1983.
- M. Eijkholt, “Het recht op procreatie: voldragen of in statu nascendi?”, *TvG* 2007, p. 2-13.
- C. Elliott, “A new way to be mad”, *The Atlantic Monthly*, december 2000, <[www.theatlantic.com/issues/2000/12/elliott.htm](http://www.theatlantic.com/issues/2000/12/elliott.htm)>.
- J. Ellul, “Sur l’artificialité du droit et le droit d’exception”, *Archives de Philosophie de Droit* 1963, nr. 8, p. 21-33.
- D.P. Engberts, *Met permissie. Morele argumentaties inzake het toestemmingsbeginsel bij de totstandkoming van de Wet Geneeskundige Behandelings-Overeenkomst* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997.
- D.P. Engberts, *Met recht en reden. Het gemeenschappelijke belang van medische ethiek en gezondheidsrecht* (oratie Leiden), 11 november 2005, <[www.azl.nl/nieuws/archief/oratieteksten/oratieengberts.html](http://www.azl.nl/nieuws/archief/oratieteksten/oratieengberts.html)>.
- D.P. Engberts en L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Gezondheidsrecht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006.
- Evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag: ZonMw 2005.
- Evaluatie Embryowet*, Den Haag: ZonMw 2006.

- C. Fabre, *Whose body is it anyway? Justice and the integrity of the person*, Oxford: Clarendon Press 2006.
- M. Fabre-Magnan, "Avortement et responsabilité médicale", *RTD Civ.* 2001-2, p. 285-318.
- M. Fabre-Magnan, "L'affaire Perruche: pour une troisième voie", *Droits* 2002, nr. 35, p. 119-133.
- M. Fabre-Magnan, "De la sélection à l'eugénisme", in: M. Fabre-Magnan en P. Moullier (red.), *La génétique, science humaine*, Parijs: Éditions Belin 2004, p. 188-214.
- M. Fabre-Magnan, "Le sadisme n'est pas un droit de l'homme", *Recueil Dalloz* 2005, Chron. p. 2973-2981.
- M. Fabre-Magnan, "Présentation", in: C. Labrusse-Riou, *Écrits de bioéthique*, Parijs: PUF 2007, p. 5-43.
- R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlandse privaatrecht. Inleidende hoofdstukken*, Leiden: E.J. Brill/Universitaire Pers Leiden 1994.
- T. Ferenczi (red.), *Critique du bio-pouvoir*, Brussel: Editions Complexe 2001.
- F. Fernández-Armesto, *Dus jij denkt dat je een mens bent? Een korte geschiedenis van de mensheid*, Amsterdam: Bert Bakker 2005.
- L. Ferry, *L'Homme-Dieu, ou le sens de la vie*, Parijs: Le Livre de Poche 1997, nr. 14261.
- M. Foessel, "La chair et le social. A propos de la Condition foetale de Luc Boltanski", *Esprit* Janvier 2005, p. 76-85.
- M. Foessel en M.-O. Padis, "Contraintes et expériences de l'engendrement. Entretien avec Luc Boltanski", *Esprit* Janvier 2005, p. 86-93.
- D. Folscheid, "Fragment sur la médecine", in: Th. de Koninck en G. Larochelle (red.), *La dignité humaine. Philosophie, droit, politique, économie, médecine*, Parijs: PUF (Débats philosophiques) 2005, p. 147-153.
- R. Foqué (1992a), *De ruimte van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.
- R. Foqué (1992b), "Rechtssubject (lemma)" in: H. Willemsen (red.), *Woordenboek filosofie*, Assen: Van Gorcum 1992, p. 363-364.
- R. Foqué, "Legal subjectivity and legal relation. Language and conceptualization in the law", in: F. Fleerackers, E. van Leeuwen en B. van Roermund (red.), *Law, life and the images of man. Modes of thought in modern legal theory (Festschrift for Jan M. Broekman)*, Berlijn: Duncker & Humblot 1996, p. 325-342.
- R. Foqué en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint/Antwerpen: Kluwer 1990.
- R. Foqué en A.C. 't Hart, "Grondslagen ter discussie", in: G.C.G.J. van Roermund, M.S. Groenhuijsen en W.J. Witteveen (red.), *Symposium strafrecht. Vervolg van een grondslagende debat*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 381-419.
- C. Forder, "Bescherming van het ongeboren leven", *NJB* 2005 nr. 13, p. 686-688.
- M. Foucault [1976], *De wil tot weten. Geschiedenis van de seksualiteit 1*, Nijmegen: SUN 1985.
- M. Foucault, "Twee typen van macht. College van 14 januari 1976", *Te Elfder Ure* 1981, nr. 29, p. 576 en zie <[www.marxists.org/nederlands/foucault/1976/1976typenmacht.htm](http://www.marxists.org/nederlands/foucault/1976/1976typenmacht.htm)>.
- H. Franken, "Rechtsgeleerdheid in de rij der wetenschappen", *NJB* 2004, p. 1400-1408.
- F. Fukuyama, *Our posthuman future. Consequences of the biotechnology revolution*, New York: Farrar, Straus en Giroux 2002.

- L.L. Fuller, *Legal fictions*, Stanford: Stanford University Press 1967.
- L.L. Fuller, *The morality of law*, New Haven: Yale University Press 1969.
- J.-C. Galloux, "De corpore jus. Premières analyses sur le statut juridique du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994", *Les Petites Affiches* 14 december 1994, nr. 149, p. 18-24.
- C. Geertz, "Local knowledge. Fact and law in comparative perspective", in: C. Geertz, *Local Knowledge. Further essays in interpretive anthropology*, New York: Basis Books 1983, p. 167-234.
- G. de Geest, "Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?", *NJB* 2004, nr. 2, p. 58-66.
- K. Genel, "Le biopouvoir chez Foucault et Agamben", *Methodos*, 4 (2004), "Penser le corps", <[www.methodos.revues.org/document131.html](http://www.methodos.revues.org/document131.html)>.
- S. Gerbrandy, "De persoon en het recht", in: J.A. Ankum, G.C.J.J. van den Bergh en H.C.F. Schoordijk (red.), *Plus est en vous: opstellen over recht en cultuur, aangeboden aan prof. mr. A. Pitlo ter gelegenheid van zijn 25-jarig hoogleraarschap*, Haarlem: Tjeenk Willink 1970, p. 209-232.
- W. van Gerven, J. Lever en P. Larouche, *Tort law. Cases, materials and text on national, supranational and international tort law*, Oxford: Hart Publishing 2000.
- J.K.M. Gevers, *Beschikken over cellen en weefsels* (oratie Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1990.
- J.K.M. Gevers en E.W. Roscam Abbing, *Voorspellend medisch onderzoek* (Preadvies aan de Vereniging voor gezondheidsrecht), Utrecht 1996.
- J.K.M. Gevers, "Predictieve geneeskunde als uitdaging voor het recht", in: *Blik in de medische praktijk in de 21<sup>e</sup> eeuw*, Deventer: Kluwer 1999, p. 33-49.
- J.K.M. Gevers, "Genetica en voorspellend medisch onderzoek", *TvG*, speciaal nummer/ 2001, p. 12-17.
- Gezondheidsraad, *Anticonceptie voor mensen met een verstandelijke handicap*, Den Haag: Gezondheidsraad, 2002; publicatie nr 2002/14.
- Gezondheidsraad, *Signalering ethiek en gezondheid 2003 – Gezondheidsraad*, Den Haag: Gezondheidsraad 2003, publicatie nr 2003/08.
- Gezondheidsraad, *Preïmplantatie genetische diagnostiek en screening*, Den Haag: Gezondheidsraad 2006.
- R.W.M. Giard en C.J.J.M. Stolker, "Medische aansprakelijkheid: de rol van de dokter als deskundige. Valkuilen, voetangels en zelfs klemmen", *NJB*, 2003 afl. 12, p. 610-616.
- J. Glastra van Loon, "Over de werkelijkheid van het recht en het 'bestaan' van rechtsficties", *WPNR* 4584 (1958), p. 231-234.
- J. Glastra van Loon (1980a), "Recht en menselijke natuur" (oratie Leiden 1959), in: J. Glastra van Loon, *De eenheid van het handelen. Opstellen over recht en filosofie*, Meppel/ Amsterdam: Boom 1980, p. 36-56.
- J. Glastra van Loon (1980b), "Het afwezige lichaam", in: J. Glastra van Loon, *De eenheid van het handelen. Opstellen over recht en filosofie*, Meppel/Amsterdam: Boom 1980, p. 168-192.
- J. Glastra van Loon, "Natuur en cultuur. Over: Hannah Arendt, *On Violence*", in: W. Witteveen en S. Taekema (red.), *Verbeeldingsmacht. Wat juristen moeten lezen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 57-61.

- M.A. Glendon, *Abortion and divorce in western law. American failures, European challenges*, Cambridge: Harvard University Press 1987.
- J.-C. Guillebaud, *Le principe d'humanité*, Parijs: Seuil 2001.
- S. Gutwirth, *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap: een onderzoek naar de verhouding tussen recht en wetenschap met bijzondere illustraties uit het informaticarecht* (diss. Brussel VU), Brussel/Antwerpen: VUBPRESS/MAKLU 1993.
- S. Gutwirth, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Den Haag: Otto Cramwinckel 1998.
- S. Gutwirth, "30 jaar milieurechtstheorie: begrippen en standpunten", *Milieu en Recht* vol. 28, 2001/02, p. 44-50, zie <[www.vub.ac.be/LSTS/pub/Gutwirth/001.pdf](http://www.vub.ac.be/LSTS/pub/Gutwirth/001.pdf)>
- S. Gutwirth en P. de Hert, "De seks is hard maar seks (*dura sex, sed sex*). Het arrest K.A. en A.D. tegen België", *Panopticon* 2005-3, p. 1-14.
- J. Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt: Suhrkamp 2005.
- A. Halsema, "Grenzen aan de maakbaarheid", in: J. Slatman en A. Halsema (red.), *Grenzen van het lichaam, (Wijsgerig perspectief* 2007, nr. 2), Amsterdam: Boom 2007, p. 17-27.
- W. Hamacher, "The Right to Have Rights (Four-and-a-Half Remarks)", *South Atlantic Quarterly* 103: 2/3, Spring/Summer 2004, p. 343-356.
- J. Hari, "I'm having my wings done", *The Guardian*, 11 maart 2002.
- J. Harris, "The concept of the person and the value of life", *Kennedy Institute of Ethics Journal*, december 1999 (volume 9, nr. 4), p. 293-308.
- J. Harris, "Clones, genes and human rights", in: J. Burley (red.), *The genetic revolution and human rights. The Oxford Amnesty Lectures 1998*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 61-94.
- A.C. 't Hart, *Recht als schild van Perseus. Voordrachten over strafrechtstheorie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer Rechtswetenschappen 1991.
- A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, *Verbintenissenrecht, 4-1 De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2004 (Asser/Hartkamp 2004 (4-1)).
- A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, *Verbintenissenrecht, 6-1 De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2008 (Asser/Hartkamp/Sieburgh 2008).
- T. Hartlief, "Hollandse toestanden: de Hoge Raad over 'wrongful life'", *NTBR* 2005, nr. 6, p. 232-248.
- G.A. den Hartogh, *Kun je een zygote liefhebben? Over de waarde van het leven en de grenzen van de morele gemeenschap* (oratie UvA), 1993, <[...socrates/oraties/DenHartogh.pdf](http://www.socrates/oraties/DenHartogh.pdf)>
- G.A. den Hartogh, "Recht op de dood? Zelfbeschikking en barmhartigheid als rechtvaardigingsgronden voor euthanasie", *Recht en kritiek* 1996, 2, p. 148-168.
- G.A. den Hartogh, "Mijn broeders hoeder. Een kind verwekken voor transplantatiedoelinden", *Medisch Contact*, 2002, nr. 3 (18 januari), p. 104-106.
- G.A. den Hartogh (2003a), "Het Europese Hof over hulp bij suïcide", *AA* 2003, p. 96-101.
- G.A. den Hartogh (2003b), *Gift of bijdrage? Over morele aspecten van orgaandonatie*, Den Haag: Rathenau Instituut 2003.

- G.A. den Hartogh (2005a), "Het filosofisch gehalte van de medische ethiek. De casus 'wrongful life'", in: J. Braeckman, B. De Reuver en T. Vervisch (red.), *Ethiek van DNA tot 9/11*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2005, p. 15-40.
- G.A. den Hartogh (2005b), "Schadevergoeding voor het leven?", *AA* juni 2005, p. 457-463.
- G.A. den Hartogh, "Schadevergoeding voor het leven?", in: M. Buijsen (red.), *Onrechtmatig leven? Opstellen naar aanleiding van Baby Kelly*, Nijmegen: Valkhof Pers 2006, p. 50-78.
- J. Hauser, "L'enfant et les sortilèges...de l'autonomie de la volonté", *RTD Civ.* 2001-1, p. 103-106.
- H. ten Have en G. Kimsma, *Geneeskunde tussen droom en drama*, Kampen: Kok Agora 1987.
- H.A.M.J. ten Have, R.H.J. ter Meulen en E. van Leeuwen, *Medische ethiek*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 1998.
- R.H. Haveman, "De grenzen van de repressieve samenleving", in: R.H. Haveman, P. Ölçer, Th. A. de Roos en A.L.L. van Strien (red.), *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 57-62.
- A.C. Hendriks, "De sacrale status van de menselijke waardigheid", *NJB* 2005, p. 2203-2204.
- A.C. Hendriks, *In beginsel. De gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept* (oratie Leiden), Leiden: NJCM-Boekerij 2006.
- A.C. Hendriks, B.J.M. Frederiks en M.A. Verkerk, "Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien", *TvG* 2008, p. 2-18.
- L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans, "Causaliteitonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van *Chester v. Afshar*", *TvG* 2007, p. 498-515.
- S. Hennette-Vachez, *Disposer de soi? Une analyse du discours sur les droits de la personne sur son corps* (diss. Paris I), Parijs: L'Harmattan 2004.
- S. Hennette-Vachez en C. Girard (red.), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Parijs: PUF 2005.
- S. Hennette-Vachez (red.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, Parijs: LGDJ 2006.
- H.G. Hermans, "Biomedische wetenschappers als rechter", *NJB* 2008, p. 608.
- M.-A. Hermitte, "Le corps hors du commerce, hors du marché", *Archives de philosophie du droit* 1988 (tome 33: *la philosophie du droit auhourd'hui*), p. 323-346.
- M.-A. Hermitte, "Le contentieux de la naissance d'enfants handicapés", *Gazette du Palais* 25 oktober 1997, p. 1403-1407.
- M.-A. Hermitte, "Le droit est un autre monde", *Enquête*, 1998-7 (*Les objets du droit*), p. 17-37.
- M.-A. Hermitte, "L'embryon humain, la science et le droit, essai de chronologie", *Revue Générale de Droit Médical* 2000, numéro spécial (*La recherche sur l'embryon: qualifications et enjeux*), p. 17-40.
- M.-A. Hermitte, "Pouvoirs sur la vie, pouvoirs sur la mort: les rôles du droit", in: Y. Michaud (red.), *Q'est-ce que l'humain? Volume 2*, Parijs: Editions Odile Jacob 2000, p. 539-548.
- P. de Hert en S. Gutwirth, "Privacy, seksuele vrijheid en sadomasochisme", *Panopticon* 1998 nr. 4 juli/augustus, p. 279-285.
- P. de Hert en S. Gutwirth, "Tussen vrijheid en grondrechten", *R&R* 2000-3, p. 205-214.



- D. Heyd, *Genethics. Moral issues in the creation of people*, Berkeley/Los Angeles/Oxford: University of California Press 1992.
- E.M.H. Hirsch Ballin, "Nieuw leven in de rechtsorde", *NJB* 1997, p. 477-478.
- T. Hobbes [1651], *Leviathan*, Cambridge: Cambridge University Press 1992.
- A.M. Hol, "Hannah Arendt: publiek domein, recht en rechtspraak", *R&R* 2003, p. 207-228.
- A.M. Hol, "Rituelen en symbolen in de rechtspraak. Hun functie en hun betekenis", *AA* 2006, p. 805-817.
- E. Hondius en V. Derckx, "The rights of the embryo and the foetus under Dutch law", in: *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 6.4, December 2002, p. 391-406.
- G. Hottois, *Symbol en techniek*, Kok Agora/Pelckmans: Kampen/Kapellen 1996.
- G. Hottois, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, Parijs: Vrin 1999.
- G. Hottois, "Y a-t-il une philosophie de la technique?", in: T. Ferenczi (red.), *Penser la technique*, Brussel: Editions Complexe 2001, p. 27-45.
- M. Houellebecq, *Elementaire deeltjes*, Amsterdam: De Arbeiderspers 2000.
- M. Houellebecq, *Mogelijkheid van een eiland*, Amsterdam: De Arbeiderspers 2005.
- J. Hruschka, "Kant and human dignity", in: B. Sharon Byrd en J. Hruschka (red.), *Kant and the law*, Burlington: Ashgate 2006, p. 69-84.
- A. Huibers, P. Ippel en B. de Kanter-Loven, "Van claim naar recht. De status van de aanspraak op persoonlijke assistentie", in: W. van der Burg en P. Ippel (red.), *De Siamese tweeling. Recht en moraal in de biomedische praktijk*, Assen: Van Gorcum 1994, p. 175-185.
- E.H. Hulst, "Morrelen aan nieuw leven", *Medisch Contact* 2001, nr. 47, zie: <medischcontact.artsennet.nl/content/dossiers/1102561826/50685/AMGATE\_6059\_138\_TICH\_R107479338644884/#0>.
- E.H. Hulst, "De nieuwe Embryowet, een lichtgewicht gezien internationale verdragen?", *NJB* afl. 5, 31 januari 2003, p. 223-226.
- M. Iacub, "Il faut sauver l'arrêt Perruche", *Libération*, 8 januari 2002.
- M. Iacub (2002a), *Penser les droits de la naissance*, Parijs: PUF 2002.
- M. Iacub (2002b), *Le crime était presque sexuel*, Parijs: Flammarion 2002.
- M. Iacub [1998], "Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symbolique", in: M. Iacub, *Le crime était presque sexuel*, Parijs: Flammarion 2002, p. 347-370.
- M. Iacub, "Quel statut pour le corps humain ?", *Science et société, Cahiers français* nr. 294, jan/feb 2000, p. 79-87 (zie ook *Le crime était presque sexuel*, p. 177-192).
- P. Ippel, "De wet als paukenslag" in: B. van Klink en W. Witteveen (red.), *De overtuigende wetgever*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 123-135.
- P. Ippel en J. Vorstenbosch, "De weg naar de wet. Wetgeving over ethische kwesties: een interactief proces", in: W. van der Burg en P. Ippel (red.), *De Siamese tweeling. Recht en moraal in de biomedische praktijk*, Assen: Van Gorcum 1994, p. 49-67.
- D. Janicaud, *L'homme, va-t-il dépasser l'humain?*, Parijs: Le Bayard 2002.
- H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid* (diss. Maastricht), Den Haag: SDU 2003.
- M. Jelicic en H.L.G.J. Merckelbach, "Hersenscans in de rechtszaal: oppassen geblazen!", *NJB* 2007, p. 2794-2800.



- P. Jestaz, "Une question d'épistémologie. A propos de l'affaire Perruche", *RTD Civ.* 2001-3, p. 547-557.
- H.U. Jessurun d'Oliveira, "Transen", *NJB* 2003, p. 1113.
- H. Jonas, *The imperative of responsibility. In search for an ethics for the technological age*, Chicago/Londen: Chicago University Press 1984.
- H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2003.
- P. Jourdain, "Loi anti-Perruche: une loi démagogique", *Recueil Dalloz* 2002, nr. 11, p. 891-893.
- B. Joy, "Why the future doesn't need us", *Wired* april 2000.
- E.T. Juengst, "What's taxonomy got to do with it? 'Species integrity', human rights, and science policy", in: J. Savulescu en N. Bostrom (red.), *Human enhancement*, Oxford: Oxford University Press, p. 43-58.
- C. Kammer en E. Rosenberg, "Kelly krijgt haar leven vergoed", *NRC* 27 maart 2003.
- I. Kant, *Fundering voor de metafysica van de zeden*, Amsterdam: Boom 1997 (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* 1785, vertaald door Th. Mertens).
- I. Kant [1797], *Die Metaphysik der Sitten*, Stuttgart: Reclam 1990.
- L.R. Kass, "The wisdom of repugnance", *New Republic* vol. 216, nr. 22, 2 juni 1997.
- P. Kayser, "Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation sans fondement juridique?", *Recueil Dalloz* 2001, chron., p. 1889-1892.
- A.L.M. Keirse, "Een prijskaartje van zelfbeschikking; over wrongful conception, wrongful birth, adoptie en abortus", *AA* 2004, p. 607-617.
- H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig/Wenen: Franz Deuticke 1934.
- H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage* 1960, Wenen: Franz Deuticke 1967.
- E. de Kezel, "Wrongful birth en wrongful life. Een stand van zaken", *NjW* 2004, p. 546-551.
- J. Klijnsma, "De verzakelijking van het menselijk lichaam. Over de spanning tussen mens en mensheid inzake de praktijk van het commercieel draagmoederschap", *AA* 2008-1, p. 11-19.
- B.M. Knoppers en Y. Joly, "Our social genome?", *Trends in Biotechnology* vol. 25, juli 2007, p. 284-288.
- A. Koestler, *De menselijke tweespalt*, Assen/Antwerpen: Van Gorcum/De Nederlandsche Boekhandel 1981.
- Th. de Koninck, "Archéologie de la notion de dignité humaine", in: Th. de Koninck en G. Larochelle (red.), *La dignité humaine. Philosophie, droit, politique, économie, médecine*, Parijs: PUF 2005, p. 13-50.
- B.J. Koops en M. Prinsen, "Glazen woning, transparant lichaam", *NJB* 2005 afl. 12.
- H.J. van Kooten en H.M. Wattendorff, "Het belang niet geboren te worden", in: H.J. van Kooten, L. Strikwerda, L. Timmerman en H.M. Wattendorff (red.), *Hartkampvariaties. Opstellen aangeboden aan prof. mr. A.S. Hartkamp ter gelegenheid van zijn afscheid als procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 41-55.
- A. Kors, "Recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam", *NCJM-bull.* 1981, p. 106-115.

- C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2001.
- J.S. Kortmann, "Nogmaals de verplichte medewerking aan een HIV-test", *WPNR* 2004/6566, p. 135-137.
- S.C.J.J. Kortmann (2004a), "Geld voor leven. Schadevergoeding voor niet beoogd leven", in: S.C.J.J. Kortmann en B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful birth en wrongful life*, Deventer: Kluwer 2004, p. 5-20.
- S.C.J.J. Kortmann (2004b), "Schadevergoeding voor leven?", *RM Themis* 2004, nr. 4, p. 205-207.
- S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Vermogensrecht algemeen, 2-I De vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2004 (Asser-/Van der Grinten/Kortmann 2004).
- R.J.P. Kottenhagen, "De wrongful-life vordering in het Nederlandse recht", *L&S* 2005-2, p. 6-12.
- J.M. Krois, "'A passion can only be overcome by a stronger passion', Philosophical Anthropology before and after Ernst Cassirer", *European Review* 2005, vol. 13, nr. 4, p. 557-575.
- M. Kuijsters en P. van der Lee, "Man zonder been", *Psychologie Magazine*, juli/ augustus 2005, <[www.psychologiemagazine.nl/psychologie/show/id=45775](http://www.psychologiemagazine.nl/psychologie/show/id=45775)>.
- H. Kunneman, "De dubbele ambivalentie van de mensenrechten", in: H. Kunneman, *Van theemutscultuur naar walkman-ego. Contouren van postmoderne individualiteit*, Amsterdam/Meppel: Boom 1996, p. 65-92.
- X. Labbée, "La valeur de l'embryon congelé", *Recueil Dalloz* 2004, nr. 15, p. 1051-1055.
- X. Labbée, "La valeur des choses sacrées ou le prix des restes mortels", *Recueil Dalloz* 2005, nr. 14, p. 930-933.
- X. Labbée, "L'urne au fond du jardin. Quel statut pour les cendres?", *JCP* 2008, nr. 15, p. 3-4.
- C. Labrusse-Riou, "L'enjeu des qualifications: la survie juridique de la personne", *Droits* 1991, nr. 13, p. 19-30.
- C. Labrusse-Riou (1996a) (red.), *Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire*, LGDJ: Parijs 1996.
- C. Labrusse-Riou (1996b), "Pouvoirs scientifiques sur la vie et la justice", *Justices* nr. 3, janvier/juin 1996, p. 133-150.
- C. Labrusse-Riou, "Projet parental, projet biomédical: la reconstitution des 'droits de puissance'?", *Revue Générale de Droit Médical* 2000, numéro spécial (*La recherche sur l'embryon: qualifications et enjeux*), p. 117-125.
- C. Labrusse-Riou en B. Mathieu (Labrusse-Riou en Mathieu 2000a), "La vie humaine comme préjudice", *Le Monde* 24 november 2000.
- C. Labrusse-Riou en B. Mathieu (Labrusse-Riou en Mathieu 2000b), "La vie humaine peut-elle être un préjudice?", *Recueil Dalloz* 2001-44, p. III-IV.
- C. Labrusse-Riou en F. Bellivier, "Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé", *Revue Internationale de droit comparé* 2002, nr. 2, p. 579-601.
- C. Labrusse-Riou, "L'humain en droit: réalité, fiction, utopie?", in: C. Hervé en J.J. Rozenberg (red.), *Vers la fin de l'homme?*, Brussel: De Boeck 2006, p. 157-176.
- C. Labrusse-Riou, *Écrits de bioéthique*, Parijs: PUF 2007.
- B. Labuschagne, "Het mensbeeld achter de mensenrechten: iets over het begrip vrijheid", *NJCM-Bull.* 1998b, p. 782-789.

- B. Latour (1987), *Science in action. How to follow scientists and engineers through society*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1999.
- B. Latour (1991), *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, Parijs: La Découverte 1997.
- B. Latour (1999a), *Pandora's hope. Essays on the reality of science studies*, Cambridge: Cambridge University Press 1999.
- B. Latour (1999b), *Politiques de la nature. Comment faire entrer les sciences en démocratie*, Parijs: La Découverte 2004.
- B. Latour (2000a), "Prenons garde au principe de précaution", *Le Monde*, 3 januari 2000, zie ook <[www.bruno-latour.fr/presse/presse\\_art/008.html](http://www.bruno-latour.fr/presse/presse_art/008.html)>.
- B. Latour (2000b), "Biopouvoir et vie publique", *Multitudes* maart 2000, <[www.multitudes.samizdat.net/Biopouvoir-et-vie-publique.html](http://www.multitudes.samizdat.net/Biopouvoir-et-vie-publique.html)>.
- B. Latour, "Du principe de précaution au principe de bon gouvernement", *Les Etudes*, n°3934 (2000c), octobre 2000, pp. 339-346, zie ook <[www.bruno-latour.fr/poparticles/poparticle/po88.html](http://www.bruno-latour.fr/poparticles/poparticle/po88.html)>.
- B. Latour (2002), *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Parijs: La Découverte 2002.
- P.J.H. Laurs, "Juridische aspecten van zelfbeschikking", in: Th.A. De Boer (red.), *Zelf beschikken? Wensen van patiënten: mogelijkheden en grenzen*, Kampen: Kok 1995, p. 17-26.
- D. Lecourt, *Humain, posthumain. La technique et la vie*, Parijs: PUF 2003.
- H.J.J. Leenen (1994a), "De juridische status van het (pre)embryo: ficties over een juridische fictie. Reactie op het artikel van Wibren van der Burg", *TvG* 1994, nr. 7, p. 402-406.
- H.J.J. Leenen (1994b), "Artikel 2", in: J.K.M. Gevers (red.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994, p. 27-40.
- H.J.J. Leenen en J.K.M. Gevers, *Handboek gezondheidsrecht. Deel 1 Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten/ Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2000.
- H.J.J. Leenen, "Het patiëntenperspectief aan het begin van de 21<sup>e</sup> eeuw" *TvG*, speciaal nummer/ 2001, p. 2-7.
- H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht. Deel II Gezondheidszorg en recht*, Houten/ Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2002.
- H.J.J. Leenen (2002a), "Pretty vs Verenigd Koninkrijk", *NJB* 2002, p. 1899-1900.
- H.J.J. Leenen (2002b), "Geen recht op een zachte dood. Een reactie op Buijsen", *Medisch Contact*, jaargang 57 nr. 37, 13 september 2002.
- H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel 1 Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2007.
- J. Legemaate, "Het recht moraliseert al genoeg", *NJB* 1997, p. 479-480.
- J. Legemaate, "Het zelfbeschikkingsrecht: een oud debat in nieuw licht", *TvG* 2004-1, p. 18-20.
- J. Legemaate, "Embryoselectie: hellend vlak?", *NJB* 2008, p. 1480-1481.
- P. Legendre, "Artiste de la Raison. Remarques sur la Fonction Structurale du Juriste", in: F. Fleerackers, E. van Leeuwen en B. van Roermund (red.), *Law, life and the images of man. Modes of thought in modern legal theory (Festschrift for Jan M. Broekman)*, Berlijn: Duncker & Humblot 1996, p. 551-559.

- P. Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident. Aspects théoriques*, Parijs: Fayard 1999.
- P. Legendre, "Nous assistons à une escalade de l'obscurantisme" (interview), *Le Monde*, 22 oktober 2001.
- J. Leijten, "Wankele overtuigingen", *NJB* 1997, p. 477.
- N. Lenoir en B. Mathieu, *Les normes internationales de la bioéthique* (Que sais-je?, nr. 3356), Parijs: PUF 2004.
- P. Levi [1958], *Is dit een mens?*, Amsterdam: Meulenhoff 1999.
- G. Lhuillier, "L'homme-masque. Sur la dimension anthropologique du droit", *Methodos. Savoir et textes*, nr. 4 (2004), "Penser le corps", <[www.methodos.revues.org/document125.html](http://www.methodos.revues.org/document125.html)>.
- S.D. Lindenbergh, "Blij met de geboorte van ... een schadeclaim", *AA* mei 2003, p. 365-374.
- J. Locke [1690], *Two treatises of government*, Cambridge: Cambridge University Press 1994.
- J.H.A. Lokin, *Prota. Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, Groningen: Chimaira 1993.
- J.P. Loof en P.B. Cliteur (red.), *Mensenrechten, dierenrechten, ecosysteemrechten: opstellen over het toekennen van fundamentele rechten aan mannen, vrouwen, kinderen, dieren en de rest van de natuur*, Leiden: NJCM-boekerij 1997.
- A.J.M. Loonen, "Juridisch bewijs gezien door een biomedische wetenschapper", *NJB* 2008, p. 158-160.
- Lord Rodger of Earlsferry, "Wrongful birth in United Kingdom law", in: S.C.J.J. Kortmann en B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful birth en wrongful life*, Deventer: Kluwer 2004, p. 43-52.
- A. MacIntyre, *After virtue. A study in moral theory*, Londen: Duckworth 1981.
- J.M.M. Maeijer, Mr. C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Vermogensrecht algemeen, 2-II De rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 1997 (Asser/ Van der Grinten/ Maeijer 1997).
- M. Loth, "Engaged in a search for justice. Over grenzeloze aansprakelijkheid en de moeizame integratie van een moreel principe", in: M. Buijsen (red.), *Onrechtmatig leven? Opstellen naar aanleiding van Baby Kelly*, Nijmegen: Valkhof Pers 2006, p. 33-49.
- H.S. Maine, "Legal fictions", in: H. Maine, *Ancient law*, 1861, zie <[www.socserv2.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/maine/anclaw/chap02](http://www.socserv2.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/maine/anclaw/chap02)>.
- C. Mak, "De meerwaarde van grondrechten in het privaatrecht. Een reactie op het preadvies 'Constitutionalisering van het vermogensrecht' van prof. mr. J.M. Smits", *NTBR* 2004, 20, p. 124.
- H.A.M. Manschot, *Levenskunst of lijfsbehoud? Een humanistische kritiek op het beginsel van autonomie in de gezondheidszorg* (oratie Utrecht), Utrecht: Universiteit voor Humanistiek 1992.
- M. Marcuzzi, "La revendication des corps", in: E. Dockès et G. Lhuillier (red.), *Le corps et ses représentations*, Collection 'Théories et droit', Dijon: Litec 2001, p. 13-41.
- C.W. Maris, "Oyaku sjinju. Over culturele minderheden in een liberale samenleving", in: A.W. Musschenga en F.C.L.M. Jacobs (red.), *De liberale moraal en haar grenzen*, Kampen: Kok 1992, p. 185-215.

- P. de Martelaere, "Taboe is taboe", in: P. de Martelaere, *Verrassingen. Essays*, Amsterdam: Meulenhoff 1997, p. 22-40.
- M. Marzano, *Penser le corps*, Parijs: PUF 2004.
- M. Marzano en A. Milon, "Le corps transgressé: du consentement au souci de soi", in: D. Borillo en D. Lochak (red.), *La liberté sexuelle*, Parijs: PUF 2005, p. 107-130.
- M. Marzano, *Je consens, donc je suis*, Parijs: PUF 2006.
- M. Mauss, "Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques", in: M. Mauss, *Sociologie et anthropologie*, Parijs: PUF 2004, p. 143-279.
- M. Mauss, "Une catégorie de l'esprit humain, la notion de personne, celle de 'moi'", in: M. Mauss, *Sociologie et anthropologie*, Parijs: PUF 2004, p. 331-362.
- B. Mathieu, "La dignité de la personne humaine: quel droit? quel titulaire", *Receuil Dalloz* 1996, chron. p. 282-286.
- B. Mathieu, "La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels", in *Receuil Dalloz* 1999, nr 41, p. 451-456.
- B. Mathieu, *Génome humain et droits fondamentaux*, Parijs: Ed. Economica 2000.
- B. Mathieu, "De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique", *Recueil Dalloz* 2005, p. 1649.
- E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948.
- P. Mendelts, *Interpretatie van grondrechten. Grondrechtenclaims en verschuivingen in de reikwijdte van grondrechten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2002.
- P. Mendelts, "Proefschrift – Interpretatie van grondrechten. Grondrechtenclaims en verschuivingen in de reikwijdte van grondrechten", *AA* 2002, nr. 10, p. 777-780.
- Th. Mertens en M. Goodwin, "Wachten op de barbaren. De discussie over marteling tijdens ondervraging", *NJB* 2006, p. 358-364.
- F.H.J. Mijnsen, P. de Haan, C.C. van Dam en H.D. Ploeger, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Vermogensrecht algemeen, 3-I Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006 (Asser/Mijnsen/De Haan/Van Dam/Ploeger 2006).
- J.S. Mill [1859], *On liberty*, Londen: Penguin 1985.
- N. Molfessis, "La dignité de la personne humaine en droit civil", in: M.-L. Pavia en Th. Revet (red.), *La dignité de la personne humaine*, Parijs: Economica 1999, p. 107-135.
- O. Mongin, interview met Alain Supiot, "La fonction anthropologique du droit", *Esprit*, février 2001.
- O. Mongin, "De la nécessaire clarification u langage juridique", *Esprit* juin 2002, p. 24-28.
- A. Mooij, *Taal en verlangen. Lacans theorie van de psychoanalyse*, Meppel: Boom 2001.
- P. Moyaert, *Ethiek en sublimatie. Over De ethiek van de psychoanalyse van Jacques Lacan*, Nijmegen: SUN 1994.
- J. de Mul, *Cyberspace Odyssee*, Kampen: Klement 2002.
- J. de Mul, *De domesticatie van het noodlot*, Kampen: Klement 2006.
- R. Encinas de Munagorri, "La politique juridique des corps humains", in: E. Dockès et G. Lhuillier (red.), *Le corps et ses représentations*, Collection "Théories et droit", Dijon: Litec 2001, p. 51-68 (zie ook zijn artikel in het tijdschrift *Cités* nr. 3 2000).
- P. Napoli, "Sur le droit et la vie", *Multitudes* maart 2000, <[www.multitudes.samizdat.net/Sur-le-droit-et-la-vie.html](http://www.multitudes.samizdat.net/Sur-le-droit-et-la-vie.html)>.

- R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland* (diss. Utrecht), Deventer 2002.
- C. Neirinck, "L'embryon humain: une catégorie juridique à dimension variable?", *Recueil Dalloz* 2003, chron. p. 841-847.
- R. Nerson, "Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial", in: H. Donnedieu de Vabres, *Le droit privé français au milieu du XXe siècle (études offertes à Georges Ripert)*, tome 1, Parijs 1950, p. 403 e.v.
- R. Nerson, "L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil", *RTD. Civ.* 1970, p. 661-683.
- A.J. Nieuwenhuis, *Tussen privacy en persoonlijkheidsrecht. Een grondrechtelijk en rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001.
- A.J. Nieuwenhuis, "Het onbestemde grondrecht: twintig jaar eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer", in: *NJCM-bull.* 2003, nr. 3a, p. 245-258.
- J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.
- J.H. Nieuwenhuis, "Personen en hun rechten" in: J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 1997, p. 45-60.
- J.H. Nieuwenhuis, "Zij die niet geboren hadden mogen worden, groeten u", *NJB* 1997-11, p. 478-479.
- J.H. Nieuwenhuis, "De Constitutie van het burgerlijk recht", *RM Themis* 2000/6, p. 203-211.
- J.H. Nieuwenhuis, "De dag verga, waarop ik geboren werd", *RM Themis* 2001/4, p. 97-98.
- J.H. Nieuwenhuis, "Hellend vlak. Kelly en de claimcultuur", *NJB* 2003 afl. 27, p. 1380-1382.
- J.H. Nieuwenhuis, "Schwere Wörter", *RM Themis* 2004-3, p. 109-110.
- J.H. Nieuwenhuis, "Hinkelspel rond de boom der kennis van goed en kwaad", in: J.H. Nieuwenhuis, *Waartoe is het recht op aarde?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 5-32. (Ook verschenen in J.H. Nieuwenhuis en C. Stolker, *Vooruit met het recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006).
- J.E. Nijman, *The concept of international legal personality: an inquiry into the history and theory of international law* (diss. Leiden), Den Haag: T.M.C. Asser Press 2004.
- M.C. Nussbaum, "Transcending humanity" in: M.C. Nussbaum, *Love's knowledge*, New York: Oxford University Press 1990.
- M.C. Nussbaum, "Disabled lives: who cares?", *New York Review of Books*, 11 januari 2001, zie <[www.nybooks.com/articles/13956](http://www.nybooks.com/articles/13956)>.
- M.C. Nussbaum, *Hiding from humanity. Disgust, shame, and the law*, Princeton: Princeton University Press 2004.
- M.C. Nussbaum, *Frontiers of justice. Disability, nationality, species membership*, Cambridge/Londen: Harvard University Press 2006.
- F.P. Ölçer, "Waardigheid in het strafrecht: de vrijheid om vreemd te zijn", in: R.H. Haveman, P. Ölçer, Th. A. de Roos en A.L.L. van Strien (red.), *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 63-90.
- P.J.J. Olivier, *Legal fictions in practice and legal science* (diss. Leiden), Rotterdam: Universitaire Pers Rotterdam 1975.

- M.O. Padis, "La cour de cassation et le handicap. Dits et non-dits du débat public", *Esprit* janvier 2002, p. 205-209.
- E.T.M. Olsthoorn-Heim, "Het dossier lichaamsmateriaal", *TvG* 2003, p. 306-313.
- E. Pans, "De Hoge Raad en de onzekere arts", *NJB* 2003, p. 870-882.
- E. Pans, "Rapport 'lijden aan het leven' een stap te ver?", *NJB*, 2005, 14.
- E. Pans, *De normatieve grondslagen van het Nederlandse euthanasierecht* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
- I. Pariente-Butterlin, "Corps humain, droit et politique", *Cités*, 2000-3, p. 50-65.
- R. Pasnau, *Thomas Aquinas on human nature. A philosophical study of Summa theologiae 1a 75-89*, Cambridge: Cambridge University Press 2002.
- M.-L. Pavia, "La découverte de la dignité de la personne humaine", in: M.-L. Pavia en T. Revet (red.), *La dignité de la personne humaine*, Parijs: Economica 1999, p. 3-23.
- T. Pech, "La dignité humaine. Du droit à l'éthique de la relation", *Recueil Dalloz* hors-série *Justices*, mei 2001, p. 90-112.
- T. Pech, "Retour sur la jurisprudence Perruche", *Esprit* januari 2002, p. 210-218.
- M.-P. Peis-Hitier, "Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine", *Recueil Dalloz* 2005, chron., p. 865-869.
- D.W.J.M. Pessers, "Het recht op een lichaam van vlees en bloed", in: R.M.G.E. Foqué (red.), *Grenzen tussen goed en kwaad. 13 essays over preventie, misdaad en straf in de 21<sup>e</sup> eeuw*, Den Haag: ministerie van Justitie 1998, p. 91-102.
- D.W.J.M. Pessers, *Liefde, solidariteit en recht. Een interdisciplinair onderzoek naar het wederkerigheidsbeginsel* (diss. Universiteit van Amsterdam), Amsterdam University Press 1999.
- D.W.J.M. Pessers (2003a), *Big Mother. Over de personalisering van de publieke sfeer* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
- D.W.J.M. Pessers (2003b), *Verdwaalde seksen: over sperminators, metroseksuelen en autocopieën*, Nijmegen: Valkhof Pers 2003.
- D.W.J.M. Pessers (2003c), "Vaders doen er niet toe, kinderen zijn de dupe: de macht van moeders is grenzeloos", *NRC Handelsblad*, 20 december 2003, p. 17.
- D.W.J.M. Pessers (2003d), "Abel Herzberg als rechtssocioloog. Over: Abel Herzberg, *Onder de linde*", in: W. Witteveen en S. Taekema (red.), *Verbeeldingsmacht. Wat juristen moeten lezen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 157-167.
- D.W.J.M. Pessers, *Menselijke waardigheid en het persoonsbegrip in het recht* (preadvies Christen-Juristen Vereniging), Utrecht: Lemma 2005.
- D.W.J.M. Pessers, "Goede en kwade trouw in het openbaar bestuur. Lezing voor de Raad voor het Openbaar Bestuur Den Haag", *NRC Handelsblad*, 23 september 2006.
- Ch. Petit, *Het beeld van den mensch in de burgerlijke wetgeving* (oratie Nijmegen), Nijmegen/Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1947.
- Ch. Petit, "Lichaam en lijk als voorwerpen van rechtsbetrekking", *RM Themis* 1950, p. 428-435.
- G. Pico della Mirandola, *Over de menselijke waardigheid*, Arnhem: Van Loghem Slaterus 1968 (*Oratio de hominis dignitate* 1468, vertaald door J. Hemelrijk).
- J.M. Piret, "De jurisdisering van menselijke relaties en de legitimiteit van wrongful birth en wrongful life claims", 28 november 2003, <www.frg.eur.nl/arw/rf/wrongful\_life\_and\_wrongful\_birth.pdf>.



- J.M. Piret, "Het eigen leven als schade. Rechtsfilosofische overwegingen bij wrongful life", in: M. Buijsen (red.), *Onrechtmatig leven? Opstellen naar aanleiding van Baby Kelly*, Nijmegen: Valkhof Pers 2006, p. 116-144.
- B. Pitcho, "Wrongful birth and wrongful life regarding French law", in: S.C.J.J. Kortmann en B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful birth en wrongful life*, Deventer: Kluwer 2004, p. 93-107.
- Pitlo-Van der Burght- Doek, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, deel 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002.
- H. Plessner [1928], *Die Stufen des Organischen und der Mensch: Einleitung in die philosophische Anthropologie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1981.
- H. Plessner, "Das Problem der Unmenschlichkeit", in: *Gesammelte Schriften, Volume VIII, Conditio Humana*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1983.
- H. Plessner [1941], *Lachen en wenen. Een onderzoek naar de grenzen van het menselijk gedrag*, Utrecht/Antwerpen: Het Spectrum 1965.
- J. W. du Pon, W. H. M. Reehuis, E. E. Slob en Christiaan Johannes van Zeben, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, deel 1*.
- C.W. van der Pot, A.M. Donner en L. Prakke, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 2001.
- H. Pott, *Survival in het mensenpark: over kunst, cyborgs en posthumanisme* (oratie Rotterdam), 27 oktober 2000.
- A. Pottage, "The inscription of life in law: genes, patents, and bio-politics", in: R. Brownsword, W. Cornish en M. Llewelyn (red.), *Human genetics and the law. Regulating a revolution*, Oxford: Hart Publishing 1998, p. 148-173.
- A. Pottage, "Persons and things: an ethnographic analogy", *Economy and Society*, vol. 30, nr.1, februari 2001, p. 112-138.
- A. Pottage, "Unitas Personae: On legal and biological self-narration", *American Journal of Law and Literature* 2002, nr. 14, p. 275-306.
- A. Pottage, "Introduction: the fabrication of persons and things", in: A. Pottage en M. Mundy (red.), *Law, anthropology, and the constitution of the social. Making persons and things*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 1-39.
- W.B. Prins, "Menselijkheid en de traditie van de politieke theorie", in: J. de Visscher, M. Van den Bossche en M. Weyembergh (red.), *Hannah Arendt en de moderniteit*, Kampen: Kok Agora 1992, p. 70-82.
- C. Prins, "Eigendom op informatie: economische realiteit maar juridische fictie ?", *NJB* 2005 nr. 12.
- C. Prins, "Export van lichaamsmateriaal", *NJB* 2008, nr. 10, p. 555.
- S. Prieur, *La disposition par l'individu de son corps* (diss. Dijon), Bordeaux: Les Études Hospitalières 1999.
- C. Puigelier, "Qu'est-ce qu'un droit à la vie? ", *Recueil Dalloz*, 2003, nr. 41, p. 2781-2789.
- H. Putnam, "Cloning people", in: J. Burley (red.), *The genetic revolution and human rights. The Oxford Amnesty Lectures* 1998, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 1-13.
- P. Rabinow en N. Rose, "Thoughts on the concept of biopower today", 2003, zie <[www.lse.ac.uk/collections/sociology/pdf/RabinowandRose-BiopowerToday03.pdf](http://www.lse.ac.uk/collections/sociology/pdf/RabinowandRose-BiopowerToday03.pdf)>.
- P. Rancé, "Naissance, handicap et lien de causalité. Interview de Denis Mazeaud", *Receuil Dalloz* 2000-44, p. V-VI.



- J. Rancière, "Who is the subject of the Rights of Man", *South Atlantic Quarterly* 103: 2/3, Spring/Summer 2004, p. 297-310.
- C. Raux, *Les positions théoriques de la doctrine: retour sur l'affaire Perruche*, juni 2005, zie <[www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes4/RAUX](http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes4/RAUX)>.
- J. Rawls [1972], *A theory of justice*, Oxford: Oxford University Press 1973.
- J. Rawls, "Justice as fairness: political not metaphysical", *Philosophy and Public Affairs* 1985, vol. 14, no. 3 (Summer), p. 223-251.
- Redactie Esprit, "Les embryons, les foetus et leurs bonnes fées", *Esprit* januari 2001, p. 4-5.
- Redactie NJCM-bull., "De grenzen van de *permissive society*", *NJCM-bull.* 1997, p. 419-420.
- Redactie NJCM-bull., "Nog even geduld a.u.b. – Tweede evaluatie wet orgaandonatie komt eraan", *NJCM-bull.* 2004, nr. 3, p. 297-299.
- J. Rendtorff en P. Kemp, *Basic ethical principles in european bioethics and biolaw. Vol. 1. Autonomy, dignity, integrity and vulnerability*, Barcelona 2000.
- J. Rendtorff, "Basic ethical principles in European bioethics and biolaw: Autonomy, dignity, integrity and vulnerability – Towards a foundation of bioethics and biolaw," *Medicine, health care and philosophy*, vol. 5 (2002), afl. 3, p. 235-244.
- O. Rey, *Itinéraire de l'égaré. Du rôle de la science dans l'absurdité contemporaine*, Parijs: Seuil 2003.
- P. Ricoeur, "Avant-propos" en "Qui est le sujet du droit ?" in: P. Ricoeur, *Le Juste*, Parijs: Editions Esprit 1995, p. 7-40.
- B. van Roermund, *Recht, verhaal en werkelijkheid*, Bussum: Coutinho 1993.
- D. Roman, "Le corps a-t-il des droits que le droit connaît pas? La liberté sexuelle et ses juges: étude de droit français et comparé", *Recueil Dalloz* 2005, no. 23, p. 1508-1516.
- J. Romein, "Over de menselijke waardigheid. Uit de geschiedenis van een begrip", in: J. Romein, *Historische lijnen en patronen. Een keuze uit de essays*, Amsterdam: Querido 1976, p. 119-146.
- N. Rose, "The politics of life itself", *Theory, Culture & Society* 2001, 18(6), p. 1-30.
- J.-J. Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag*, Amsterdam/Meppel: Boom 1995.
- A. Rouvroy, "Généticisation et responsabilité: les habits neufs de la gouvernance néolibérale", in: M.-A. Grimaud, C. Hervé, M.S. Jean, E. Laforêt en P.A. Molinari (red.), *Généticisation et responsabilités*, Parijs: Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2008, p. 109-118, zie <[works.bepress.com/antoINETTE\\_rouvroy/15](http://works.bepress.com/antoINETTE_rouvroy/15)>.
- D. Salas, *Sujet de chair et sujet de droit: la justice face au transsexualisme*, Parijs: PUF 1994.
- D. Salas, "L'arrêt Perruche: un scandale qui n'a pas eu lieu", *Justices* nr. 3 2001, p. 14-20.
- F. Salat-Baroux, *Les lois de bioéthique*, Parijs: Dalloz 1998.
- T.M. Schalken, "Euthanasie en de rechtspolitieke betekenis van het gewetensconflict", *NJB* 1984, afl. 2, p. 38-50.
- D.F. Scheltens, "Het prejuridische subjectieve recht als fundamenteel rechtsbeginsel", in: G.J. Scholten, D.F. Scheltens en H.J. van Eikema Hommes, *Rechtsbeginselen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1983, p. 15-31.
- E.-E. Schmitt, *Lorsque j'étais une oeuvre d'art*, Parijs: Albin Michel 2002.

- J.G.C. Schokkenbroek, "Methoden van interpretatie en toetsing: een overzicht van beginselen toegepast in de Straatburgse jurisprudentie", in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, J. van der Velde, *EVRM Rechtspraak & Commentaar*, Den Haag: SDU Uitgevers 2000, katern 2.1.
- P. Scholten [1935], *Rechtsbeginselen* (Mededeelingen der Nederlandsche Akademie van Wetenschappen, Afdeling letterkunde deel 80 serie B nr. 6), Amsterdam Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij: Amsterdam 1941, p. 259-284.
- P. Scholten, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Algemeen deel 1*, Zwolle: Tjeenk Willink 1974 (Asser/Scholten 1974).
- H.C.F. Schoordijk, "Wrongful life mede vanuit rechtsvergelijkend perspectief", *NTBR* 2001-5, p. 212-218.
- A. Sériaux, "Jurisprudence Perruche: une proposition de loi ambiguë", *Receuil Dalloz* 2002-7, p. 579-580.
- A. Sériaux, "'Perruche' et autres. La Cour de Cassation entre mystère et mystification", *Receuil Dalloz* 2002-25, p. 1996-2000.
- M. Serres, *Hominescence*, Parijs: Le Livre de Poche 2001.
- E. Serverin, "Réparer ou punir? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme", *Recueil Dalloz* 2004, Chron. p. 2801 e.v.
- C.H. Sieburgh, "Het zijn en het niet. De beoordeling in rechte van de gevolgen van een niet-beoogde conceptie of geboorte", in: S.C.J.J. Kortmann en B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful birth en wrongful life*, Deventer: Kluwer 2004, p. 65-92.
- C.H. Sieburgh (2004a), "Toewijsbaarheid van de wrongful life-vordering is geen ontkenning van 'het zijn'", *RM Themis* 2004, nr. 4, p. 202-204.
- C.H. Sieburgh (2004b), "Schadevergoeding én leven. Who is afraid of red, yellow and blue?", *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2004, p. 1571-1584.
- C.H. Sieburgh, "Schadevergoeding én leven. Compositie met rood, geel en blauw", *WPNR* 2005, nr. 6637, p. 755-762.
- C.H. Sieburgh, "L'art de la distinction. 'Alle oordeel is dat des onderscheids'", in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen en S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciaire verhoudingen. Libellus amicorum Prof. Mr. S.C.J.J. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2007, p. 187-206.
- P. Singer, "All animals are equal", in: T. Regan en P. Singer (red.), *Animal rights and human obligations*, New Jersey, 1989, pp. 148-162, zie <[www.animal-rights-library.com/texts-m/singero2.htm](http://www.animal-rights-library.com/texts-m/singero2.htm)>.
- P. Singer, *Een ethisch leven*, Utrecht: Het Spectrum 2001.
- P. Singer, "Heavy Petting", *Nerve Magazine*, maart 2001, <[www.nerve.com/Opinions/Singer/heavyPetting/main.asp](http://www.nerve.com/Opinions/Singer/heavyPetting/main.asp)>.
- P. Singer, "The costly appliance of science", *The Guardian*, 19 september 2006, (<[www.commentisfree.guardian.co.uk/peter\\_singer/2006/09/post\\_385.html](http://www.commentisfree.guardian.co.uk/peter_singer/2006/09/post_385.html)>).
- P. Sloterdijk, *Regels voor het mensenpark*, Amsterdam/Meppel: Boom 2000.
- B. Sluijters, *Geknipt verband* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1985.
- B. Sluijters, "Ongewenst leven, wrongful life", in: S.C.J.J. Kortmann en B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful birth en wrongful life*, Deventer: Kluwer 2004, p. 53-63.
- J.M. Smits, "De klassieken van het Nederlandse privaatrecht: Eggens' Een man een man, een woord een woord", *NTBR* 16 (1999), p. 169-172.

- J.M. Smits, "Constitutionalisering van het vermogensrecht", in: *Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking* 2003, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-163.
- H. Sniijders-Borst, "Het Hof in Straatsburg brengt zichzelf in diskrediet. Beschouwing naar aanleiding van twee uitspraken inzake therapeutische abortus", *NJB* 2008, 550, p. 638-641.
- A. Soeteman, "Ficties in het recht? Of de badman die badvrouw is", *AA* 1970, p. 43-53.
- A. Soeteman, "De waardigheid van de patiënt", *RM Themis* 1988, nr. 2, p. 56-72.
- A. Soeteman, "Fundering van fundamentele rechten", in: G.J. Bijleveld (red.), *Qui bene distinguit bene docet. Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan S. Gerbrandy*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 25-36.
- A. Soeteman, "De religieuze dwergwerper", *R&R* 1992-2, p. 100-108.
- A. Soeteman, *De droom van recht. Zijn rechten nog van deze eeuw?* (preadvies Christen-Juristen Vereniging), Utrecht: Lemma 2002.
- L.B. Solum, "Legal personhood for artificial intelligences," *North Carolina Law Review*, April 1992, p. 1231.
- J. Somsen, *Regulering van humane genetica in het neo-eugenetische tijdperk* (oratie Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
- J. Somsen, *Rechtvaardige en doelmatige regulering van medische biotechnologie: embryoselectie en biobanken* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2009-I), Deventer: Kluwer 2009, p. 5-60.
- J.E. Spruit en R. Feenstra, *Textus iuris romani: teksten ten gebruike bij de studie van het Romeinse recht*, Deventer: Kluwer 1989.
- J.E. Spruit, *Cunabula iuris. Elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2001.
- J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.
- C.J.J.M. Stolker, "Who's afraid of wrongful birth?", *WPNR* 1997, nr. 6262, p. 191-196.
- C.J.J.M. Stolker, *De dag verga, waarop ik geboren werd*, Diesrede Leiden 7 februari 2003, <[www.openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/4489](http://www.openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/4489)>.
- C.J.J.M. Stolker, "Ja, geléerd zijn jullie wel", *NJB* 2002, p. 766-778.
- C.J.J.M. Stolker en M.P. Sombroek-van Doorm, "De wrongful life-vordering: schadevergoeding of euthanasie?", *NTBR* 2003, nr. 9, p. 496-506.
- M. Strathern, "Enabling identity? Biology, choice, and the new reproductive technologies", in: S. Hall en P. du Gay (red.), *Questions of cultural identity*, Londen: Sage 1996, p. 37-52.
- A. Supiot, "La fonction anthropologique du droit", *Esprit*, januari 2001, p. 151-173.
- A. Supiot, "Prologue: L'homme: de quoi parlons-nous?", in: M. Fabre-Magnan en P. Moullier (red.), *La génétique, science humaine*, Parijs: Belin (Collection Débats) 2004, p. 15-38.
- A. Supiot (2005), *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Parijs: Seuil 2005.
- A. Supiot (2005a), "Lier l'humanité: du bon usage des droits de l'Homme", *Esprit*, februari 2005, p. 134-162.
- A. Supiot, "Ontologies of Law", *New Left Review* 13, jan/feb 2002, p. 107-124.

- E.Ph. R. Sutorius, *Manipuleren met leven deel II* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1993-I), Zwolle: Tjeenk Willink 1993.
- F. Terré, "Génétique et sujet de droit", *Archives du philosophie du droit* 1990, p. 159-163.
- Y. Thomas, "Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales", *Droits*, 1995, nr. 21, p. 17-63.
- Y. Thomas (Thomas 1998a), "Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit", *Le Débat* 1998, nr. 100, p. 85-107.
- Y. Thomas (Thomas 1998b), "Introduction du dossier *Le droit et la nature des choses*", *Enquête* 1998-7, p. 13-15.
- Y. Thomas, "Le sujet concret et sa personne. Essai d'histoire juridique rétrospective", in: O. Cayla en Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Gallimard/Le Débat 2002, p. 88-170.
- D. Thouvenin, "La personne et son corps: un sujet humain, pas un individu biologique", *Les Petites Affiches* 14 december 1994, nr. 149, p. 25-28.
- D. Thouvenin, "La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine. I La légitimité des activités médicales bioéthiques", *Recueil Dalloz* 2005, nr. 2, p. 116-121.
- J. Tigchelaar, "Wat mag met het lichaam voor geld? Rechtvaardigingen voor beperkingen van het eigen lichaamsgebruik", *Nemesis* 2001 nr. 6, p. 169-177.
- R. Tur, "The 'person' in law", in: A. Peacocke en G. Gillett (red.), *Persons and personality. A contemporary inquiry*, Oxford/New York: Basil Blackwell 1987, p. 116-129.
- T. Tjmmstra, *Humane genetica en samenleving* (RMO advies 29), 2004.
- Tweede evaluatie Wet op de orgaandonatie*, Den Haag: ZonMw 2004.
- H. Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Leipzig: Felix Meiner 1922.
- T. Vandevelde, "Het personalisme van Bernard Edelman", *Ethische perspectieven*, jrg. 10 (2000), p. 236-242.
- E.-B. van Veen, "De genetische revolutie, concurrerende rechtsvorming en de bijdrage van de jurist", *TvG* 2001, p. 1.
- J. Velaers (1996a), "Over zichzelf beschikken?" in: J. Velaers (red.) *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen: MAKLU 1996, p. 7-11.
- J. Velaers (1996b), "Het menselijk lichaam en de grondrechten", in: J. Velaers (red.) *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen: Maklu 1996, p. 117-207.
- W. Veraart (2005a), *Ontrechting en rechtsherstel in Nederland en Frankrijk in de jaren van bezetting en wederopbouw* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.
- W. Veraart (2005b), "Ontrechting", *Krisis* 2005.
- W. Veraart (2005c), "De vervaging van het rechtssubject; de opmars van het slachtoffer", *AA* 2005, p. 246.
- W. Veraart, "Het zijn net dieren. Over Guantánamo en onszelf", *R&R* 2007-3, p. 3-11.
- P.-P. Verbeek, "De grens van de mens. Over de relaties tussen mens en techniek" in: L. Consoli en R. Hoekstra (red.), *Technologie en mensbeeld*, Nijmegen: Valkhof Pers 2008, p. 14-37.

- A.J. Verheij, "Een pleidooi voor de vergoeding van geringe immateriële schade", *RM Themis* 1998, p. 339-350.
- A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.
- A.J. Verheij, "Wrongful life", *L&S* 2003, nr. 2, p. 3-4.
- A.J. Verheij, "'Wrongful life' en de dramatiek van het concrete", *L&S* 2005, nr. 1, p. 3.
- L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1992.
- L.F.M. Verhey, "Privacy en lichamelijke integriteit: op zoek naar evenwicht", in: J. Ten Berge, P. Van Buuren, H. Kummeling en B. Vermeulen (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg* (Burkens-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 145-168.
- B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1989.
- B.P. Vermeulen (1992), "Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten?" (Preadvies Vereniging Wijsbegeerte van het Recht 1992), *R&R* 1992-1, p. 16-46.
- B.P. Vermeulen (1992b), "Horizontale werking van grondrechten", *Nemesis* 1992-6, p. 5-9.
- B.P. Vermeulen en G.A. van der Wal, "Grotius, Aquinas and Hobbes. Grotian natural law between lex aeterna and natural rights", *Grotiana* vol. 16/ 17 (1995/96), p. 55-83.
- B.P. Vermeulen, "Freedom from torture and other inhuman or degrading treatment or punishment (Article 3)", in: P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn en L. Zwaak (red.), *Theory and practice of the European Convention of Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006, p. 405-441.
- G. Verschraegen, "De heilige mens. Over de mensenrechten als laatste ethiek", in: I. Devisch en G. Verschraegen, *De verleiding van de ethiek. Over de plaats van morele argumenten in de huidige maatschappij*, Amsterdam: Boom 2003, p. 230-246.
- H.-Ph. Visser 't Hooft, "Les actes de disposition concernant le corps humain. Quelques remarques philosophiques", *Archives de Philosophie du Droit*, tome 24 (Les biens et les choses), Parijs: Sirey 1979, p. 87-94.
- H.Ph. Visser 't Hooft, "De doolhof van het zelfbeschikkingsrecht", in: J. ten Berge, G.J.H. van Hoof, A.Ph. Jaspers en A.H.J. Swart (red.), *Recht als norm en aspiratie. Opstellen over recht en samenleving ter gelegenheid van het 350-jarig bestaan van de Utrechtse Juridische Faculteit*, Nijmegen: Ars Aequi 1986, p. 379-397.
- H.-Ph. Visser 't Hooft, "Un droit de disposer de soi-même? Droit et morale au défi technologique", *Archives de Philosophie du Droit*, tome 32 ('Le droit international'), Parijs: Sirey 1987, p. 347-352.
- H.Ph. Visser 't Hooft, *Het recht van de toekomst. Over morele aspecten van duurzaamheid*, Kampen: Klement 2006.
- P. Vlaardingebroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie en J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2004.
- F.M.C. Vlemminx, "Onze tandeloze sociale grondrechten in het licht van twintig jaar EVRM", *NJCM-bull.* 2003, p. 233-244.
- J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel \*\**, Deventer: Kluwer 1995 (Asser/Vranken 1995).

- J.B.M. Vranken, "Wrongful birth-zaak splitst Duits Bundesverfassungsgericht", *NJB* 1998, p. 990-991.
- J.B.M. Vranken, "Wrongful life in Frankrijk: drie recente uitspraken", *WPNR* 2001, nr. 6456, p. 752-755.
- J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel \*\*\**, Deventer: Kluwer 2005 (Asser/Vranken 2005).
- H. de Vriend, R. van Est en B. Walhout, *Leven maken: maatschappelijke reflectie op de opkomst van synthetische biologie*, Den Haag: Rathenau Instituut 2007.
- G. de Vries, *Gerede twijfel over de rol van de medische ethiek in Nederland*, Amsterdam: De Balie 1993.
- G. de Vries, "Voorspellende geneeskunde. Ethische en politiek-filosofische problemen rond een nieuw medisch paradigma", *Ethische perspectieven* 1999 3-4, p. 183-197.
- O. Haveman, K. Horstman en G. de Vries, *Gezondheidspolitiek in een risicocultuur. Burgerschap in het tijdperk van de voorspellende geneeskunde*, Rathenau: Den Haag 1999.
- G.A. van der Wal, "Formele en materiële democratie", in: A.W. Musschenga en F.C.L.M. Jacobs (red.), *De liberale moraal en haar grenzen*, Kampen: Kok 1992, p. 99-123.
- M.A. Warren, *Moral status. Obligations to persons and other living things*, Oxford: Clarendon Press 1997.
- J. Watson, *DNA. The secret of life*, Londen: Random House 2003.
- R.J. de Weijs, "Naar een flexibele benadering van de wetenschap van benadeling onder de pauliana", *WPNR* 2007, nr. 6272, p. 848-857.
- G. de Wert, *Met het oog op de toekomst. Voortplantingstechnologie, erfelijkheidsonderzoek en ethiek* (diss. Rotterdam), Amsterdam: Thela Thesis 1999.
- L. Westerhof, "Is het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht een fictie en, zo ja, kan op deze fictie de wettelijke regeling van dit huwelijk worden gebaseerd?", *NJB* 2000, p. 1021.
- P. Westerman en M. Wissink, "Rechtsgeleerdheid als rechtswetenschap", *NJB* 2008, p. 503-507.
- G. Widdershoven, *Ethiek in de kliniek. Hedendaagse benaderingen in de gezondheidsethiek*, Amsterdam/Meppel: Boom 2001.
- G. Widders, "Een wandeling in Adashino. Narratieve identiteit en morele verantwoordelijkheid in het werk van Donna Dickenson", in: D. Dickenson, *Lichaam en eigendom*, Amsterdam: Boom 2006.
- J. Wildgoose, "Who really owns our bodies?", *The Guardian*, 30 januari 2001.
- J.P. Wils, "Wrongful birth en wrongful life – ethische kanttekeningen", in: S.C.J.J. Kortmann en B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful birth en wrongful life*, Deventer: Kluwer 2004, p. 23-41.
- W.J. Witteveen, *De retoriek in het recht. Over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1988.
- W.J. Witteveen, P. van Seters en G. van Roermund, "Wat maakt de wet symbolisch?", in: W.J. Witteveen, P. van Seters en G. van Roermund (red.), *Wat maakt de wet symbolisch?*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 1-13.
- W.J. Witteveen, "De wetsmetaforen van Hannah Arendt. Passages en commentaren", *R&R* 2003-3, p. 229-256.

- P. Zaoui, "L'ordre symbolique: au fondement de quelle autorité?", *Esprit* maart-april Jurisprudentie 2005, p. 223-241.
- N. Zeegers, "Regelgeving over embryo-onderzoek: zo democratisch mogelijk", *Filosofie en Praktijk*, 2003, nr. 1, p. 37-49.
- C.M.C. Zeeland, Y.P. Kamminga en J.M. Barendrecht, "Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan", *NJB* 2003-16, p. 818-827.
- L. Zerilli, "The Arendtian body", in: B. Honig (red.), *Feminist interpretations of Hannah Arendt*, University Park, PA: Pennsylvania State University Press 1995.
- W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht. Deel 1, Inleiding en zakenrecht*, Deventer: Kluwer 2003.
- H. Zwart (1993a), *Ethische consensus in een pluralistische samenleving. De gezondheidsethiek als casus* (diss. Nijmegen), Amsterdam: Thesis Publishers 1993.
- H. Zwart (1993b), "Het vergeten lichaam in de ethiek", *Medisch Contact* 1993, nr. 23, p. 719-721.
- H. Zwart, "De morele betekenis van onze biologische natuur. Ethische aspecten van postmenopauzaal ouderschap", *Tijdschrift voor Geneeskunde en Ethiek* 1994-2, p. 39-42.
- H. Zwart (1995a), *Weg met de ethiek? Filosofische beschouwingen over geneeskunde en ethiek*, Amsterdam: Thesis Publishers 1995.
- H. Zwart (1995b), "Zelfbeschikking en natuurlijke grenzen", in: Th.A. Boer (red.), *Zelf beschikken? Wensen van patiënten: mogelijkheden en grenzen*, Kampen: Kok 1995, p. 35-45.
- H. Zwart, "Medicine, symbolization and the 'real' body – Lacan's understanding of medical science", *Medicine, Health Care and Philosophy* 1998, 1, p. 107-117.
- H. Zwart en C. Hoffer, *Orgaandonatie en lichamelijke integriteit. Een analyse van christelijke, liberale en islamitische interpretaties*, Best: Damon 1998.
- H. Zwart, "De spreekbevoegdheid van ethici", in: I. Devisch en G. Verschraegen (red.), *De verleiding van de ethiek. Over de plaats van morele argumenten in de huidige maatschappij*, Amsterdam: Boom 2003.
- H. Zwart, "Ken Uzelf: de betekenis van genomics voor ons zelfbeeld", in: L. Consoli en R. Hoekstra (red.), *Technologie en mensbeeld*, Nijmegen: Valkhof Pers 2008, p. 80-94.



# Jurisprudentie

## Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM)

- EHRM 7 december 1976, NJ 1978, 236 (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*), 3.3.1, 3.3.2.
- EHRM 25 april 1978 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*), 3.3.1, 3.3.2, 8.9.3.
- EHRM 1 maart 1979 (ontv. besl.) (*Van Oosterwijck t. België*), 3.3.4.
- EHRM 22 oktober 1981 (*Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*), 3.3.5.
- EHRM 26 maart 1985, NJ 1985, 525, m.nt. EAA (*X en Y t. Nederland*), 3.1.3.1.
- EHRM 28 mei 1985, NJ 1988, 187, m.nt. EAA (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali t. Verenigd Koninkrijk*), 3.3.2.
- EHRM 17 oktober 1986, NJ 1987, p. 945, m.nt. EEA (*Rees t. Verenigd Koninkrijk*), 3.3.4.
- EHRM 26 oktober 1988 (*Norris t. Ierland*), 3.3.5.
- EHRM 27 september 1990, NJ 1995, 678, m.nt. EEA (*Cossey t. Verenigd Koninkrijk*), 3.3.4, 8.6.
- EHRM 25 maart 1992, NJ 1995, 679, m.nt. EEA (*B. t. Frankrijk*), 3.3.4.
- EHRM 29 oktober 1992, NJ 1993, 544, m.nt. EJD (*Open Door and Dublin Well Woman t. Ierland*), 4.3.2.
- EHRM 22 april 1993 (*Modinos t. Cyprus*), 3.3.5.
- EHRM 25 mei 1993 (*Kokkinakis*), 3.1.3.2.
- EHRM 27 september 1995 (*McCann t. Verenigd Koninkrijk*), 4.3.2.
- EHRM 22 november 1995 (*C.R. t. Verenigd Koninkrijk*), 3.3.2.
- EHRM 4 december 1995 (*Ribitsch t. Oostenrijk*), 3.3.2.
- EHRM 16 juli 1996, zaak 29961/96, ontv. besl. (*Wackenheim t. Frankrijk*), 3.2.4.
- EHRM 15 november 1996, NJ 1997, 301 m.nt. PJB (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*), 3.3.2.
- EHRM 19 februari 1997, NJCM-bull. 1997, 496 (*Laskey, Jaggard en Brown t. Verenigd Koninkrijk*), 3.3.5.
- EHRM 22 april 1997, NJ 1998, 235 (*X, Y en Z t. Verenigd Koninkrijk*), 3.3.4.
- EHRM 30 juli 1998, NJCM-Bull. 1999, NJCM-Bull. 1999, 241, m.nt. S.H.E.M. Wijte (*Sheffield en Horsham t. Verenigd Koninkrijk*), 3.3.4.
- EHRM 31 juli 2001, EHRC 2000, 69, m.nt. J. van der Velde (*A.D.T t. Verenigd Koninkrijk*), 3.3.5.
- EHRM 29 april 2002, NJ 2004, 543, m.nt. EAA (*Pretty t. Verenigd Koninkrijk*), 3.1.3.2, 3.3.2, 3.3.3.
- EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2002, NJCM-Bull. 2003, 330, m.nt. P. van Dijk (*Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*), 2.2, 3.3.2, 3.3.4, 7.3.2.
- EHRM 5 september 2002 (ontv. besl.) (*Boso t. Italië*), 4.3.2.
- EHRM 13 februari 2003, NJ 2003, 587, m.nt. SW (*Odièvre t. Frankrijk*), 4.3.2.
- EHRM 12 juni 2003, AB 2003, 437, m.nt. B.C. van Beers en BPV (*Van Kück t. Duitsland*), 3.3.4.



- EHRM 8 juli 2003 (ontv. besl.), *NJCM-bull.* 2004, p. 54, m.nt. A. Hendriks (*Sentges t. Nederland*), 3.3.2.
- EHRM 22 juli 2003 (*Y.F. t. Turkije*), 3.3.2.
- EHRM 9 maart 2004, *NJ* 2005, 14 (*Glass t. Verenigd Koninkrijk*), 3.3.2.
- EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2004, *NJ* 2006, 52, m.nt. EAA (*Vo t. Frankrijk*), 4.3.2.
- EHRM 17 februari 2005, *EHRC* 2005, 38 (*K.A. en A.D. t. België*), 3.3.5.
- EHRM 2 juni 2005, *EHRC* 2005, 75, m.nt. E. Brems (*Znamenskaya t. Rusland*), 2.2.
- EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, *NJ* 2006, 464, m.nt. P.J. Boon (*Maurice t. Frankrijk*), 5.1.4.
- EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, *EHRC* 2005, 112 (*Draon t. Frankrijk*), 5.1.4.
- EHRM 7 maart 2006, *EHRC* 2006, 47, m.nt. E. Brems (*Evans t. Verenigd Koninkrijk*), 4.3.3.
- EHRM 18 april 2006, *EHRC* 2006, 74, m.nt. E. Brems (*Dickson t. Verenigd Koninkrijk*), 4.3.3.
- EHRM 15 mei 2006 (ontv. besl.) (*Estate of Kresten Filtenborg Mortensen t. Denemarken*), 3.3.6.
- EHRM 23 mei 2006, *EHRC* 2006, 96, m.nt. H.M. Griffioen (*Grant t. Verenigd Koninkrijk*), 3.3.4.
- EHRM 28 juni 2006 (ontv. besl.), *EHRC* 2006, 135, m.nt. M. Claes (*D. t. Ierland*), 4.3.2.
- EHRM 13 juli 2006, *EHRC* 2006, 111 (*Jäggi t. Zwitserland*), 3.3.6.
- EHRM 5 oktober 2006 (ontv. besl.), *EHRC* 2007, 23, m.nt. A.C. Hendriks (*Trocellier t. Frankrijk*), 3.3.2.
- EHRM 28 november 2006, *EHRC* 2007, 27, m.nt. H. Janssen, 3.3.4.
- EHRM 27 februari 2007 (*Akpınar en Altun t. Turkije*), 3.3.6.
- EHRM 20 maart 2007, *EHRC* 2007, 70, m.nt. H. Janssen (*Tysiac t. Polen*), 4.3.2.
- EHRM (Grote Kamer) 10 april 2007, *NJ* 2007, 459, m.nt. J. de Boer (*Evans t. Verenigd Koninkrijk*), 3.3.1, 4.3.3.
- EHRM 11 september 2007, *EHRC* 2007, 131 (*L. t. Litouwen*), 3.3.4.
- EHRM (Grote Kamer) 4 december 2007, *EHRC* 2008, 13, m.nt. E. Brems (*Dickson t. Verenigd Koninkrijk*), 4.3.3.
- EHRM 28 februari 2008, *NJ* 2008, m.nt. EAA (*Saadi t. Italië*), 3.3.2.
- EHRM 13 mei 2008, *EHRC* 2008, 82, m.nt. E. Brems (*Juhnke t. Turkije*), 3.3.2.

### Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECieRM)

- ECieRM 4 januari 1960, zaak 530/59, CoD 2, 3.3.5.
- ECieRM 29 mei 1961, nr. 967/60 (*X. t. Noorwegen*), 4.3.2.
- ECieRM 10 december 1976, nr. 7045/75 (*X. t. Oostenrijk*), 4.3.2.
- ECieRM 12 July 1977, nr. 6959/75, Rapport van de Commissie, DR 10, p. 116 (*Brüggemann en Scheuten t. Bondsrepubliek Duitsland*), 3.3.5, 4.3.2.
- ECieRM 13 mei 1980, *NJ* 1981, 110, m.nt. EAA (*X. t. Verenigd Koninkrijk*), 4.3.2.
- ECieRM 19 mei 1992, *NJCM-Bull.* 1993, p. 65, m.nt. Loenen (*H. t. Noorwegen*), 4.3.2.

### Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG)

- HvJ EG 9 oktober 2001, zaak C-377/98, *NJ* 2002, 161, 3.3.1.
- HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-36/02, *NJ* 2005, 295 (*Omega*), 1.4, 3.3.1.

## Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties

Mensenrechtencomité VN 26 juli 2002, zaak 854/1999 (*Wackenheim t. Frankrijk*), 3.2.4.

## Hoge Raad der Nederlanden (HR)

HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, 564 (*Electriciteitsarrest*), 2.1.  
 HR 25 juni 1946, *NJ* 1946, 503 (*Gouden tanden*), 1.3.  
 HR 22 juni 1973, *NJ* 1973, 386, m.nt. ARB (*Fluoridering*), 3.1.3.1, 3.1.3.3.  
 HR 18 december 1984, *NJ* 1985, 356, m.nt. 't Hart, 6.1.  
 HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928 m.nt. EEA (*Edamse bijstandsvrouw*), 3.1.4.  
 HR 2 juli 1990, *NJ* 1990, 751, m.nt. Sch. (*Wangsljm*), 3.1.3.3.  
 HR 19 februari 1991, *NJ* 1992, 50 m.nt. C (*RTL-video-opnamen Haagse rellen*), 3.1.4.  
 HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347, m.nt. EAA en CJHB (*AIDS-test*), 3.1.3.3.  
 HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 m.nt. WH-S (*Valkenhorst*), 3.1.4.  
 HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 346, m.nt. CJHB (*RAILS*), 3.1.3.3.  
 HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 422, m.nt. EJD (*Parool/ Van Gasteren*), 3.1.4.  
 HR 16 juni 1995, *NJ* 1997, 131, m.nt. EAA, 4.1.2.2.  
 HR 30 januari 1996, *NJ* 1996, 263, 8.2.3.  
 HR 19 maart 1996, *NJ* 1997, 85 m.nt. Kn, 3.1.4.  
 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, m. nt. CJHB (*Wrongful Birth I*), 4.1.1, 5.1  
 HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, m.nt. ARB (*Baby Joost*), 3.1.4.  
 HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 en 387, m.nt. JBMV (*Dwarslaesie*), 3.1.3.3.  
 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, m.nt. JBMV (*Taxibus*), 6.1.  
 HR 26 maart 2002, *NJ* 2004, 351, 6.3, 8.2.3.  
 HR 9 augustus 2002, *RvdW* 2002, 132 (*Wrongful Birth II*), 5.1.  
 HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167, m.nt. Schalken (*Brongersma*), 1.3.  
 HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 117 (*AIDS-test II*), 3.1.3.3.  
 HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 391 (*Oosterparkrellen*), 3.1.4.  
 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, m.nt. Vranken (*Baby Kelly*), 1.3, 1.4, 3.1.4, 5.1, 5.2, 6.2.  
 HR 30 maart 2007, *NJ* 2007, 609, m. nt. J. de Boer (*Geslachtsloze persoon*), 2.2, 7.3.1, 7.3.3.

## Hof

Hof Leeuwarden, 27 september 1995 (*Wrongful birth*), 5.1.3.  
 Hof Den Haag 26 maart 2003, *NJ* 2003, 249 (*Baby Kelly*), 5.2.1.3.

## Rechtbank

Rechtbank Zutphen 29 augustus 1980, *NJ* 1981, 3.1.4.  
 Rechtbank Den Haag 2 februari 2000, LJN-nummer AA4723, zaaknummer 96/1581 (*Baby Kelly*), 5 (inl.), 5.2.1.3.

## Cour de Cassation

Cass. ass. plén. 31 mei 1991, *Recueil Dalloz* 1991, Jur. p. 417, m.nt. D. Thouvenin, 3.2.4.  
Cass. civ. 25 juni 1991, *JCP* 1992, jur. p. 21784, m.nt. J-F. Barbiéri, 5.1.4.  
Cass. civ. 26 maart 1996, *D.* 1997, jur. p. 35, m.nt. J. Roche-Dahan, 5.2.2.1.  
Cass. civ. 7 januari 1997, *JCP* II, 1997, 22830, m.nt. B. Edelman, 7.3.3.  
Cass. crim. 30 juni 1999, *Recueil Dalloz* 1999, jur. p. 710, m.nt. D. Vigneau (Vo), 4.2.1, 4.3.2.  
Cass. ass. plén. 17 november 2000, *JCP* 2000, II, 10438, p. 2293, m. nt. Chabas (Perruche), 5.2.2.  
Cass. ass. plén. 29 juni 2001, *Recueil Dalloz* 2001, chron. p. 2907, m.nt J. Pradel, 4.2.1.  
Cass. ass. plén. 13 juli 2001, *Recueil Dalloz* 2001, jur. p. 2325, m.nt. P. Jourdain, 5.2.2.2.  
Cass. ass. plén. 28 november 2001, *Recueil Dalloz* 2001, IR p. 3587-3588, 5.2.2.2.  
Cass. crim. 25 juni 2002, *Recueil Dalloz* 2002, jur. p. 3099, m.nt. J. Pradel, 4.2.1.  
Cass. crim. 2 december 2003, *JCP* II 10 054, p. 682, m.nt. M.-L. Rassat, 4.2.1.  
Cass. crim. 4 mei 2004, *Recueil Dalloz* 2004, jur. p. 3097, m.nt. J. Pradel, 4.2.1.  
Cass. civ. 6 februari 2008, *JCP* 2008, II 10045, m.nt. G. Loiseau, 2.2.

## Conseil Constitutionnel (CC)

CC 27 juli 1994, *Recueil Dalloz* 1995, p. 237, m.nt. B. Mathieu (*Bioéthique*), 3.2.2, 4.2.1.

## Conseil d'Etat

CE ass. 2 juli 1982, *Recueil Dalloz* 1984, 425, m.nt. d'Onorio, 5.1.4.  
CE 27 september 1989, *Recueil Dalloz* 1991, Jur. p. 80, 5.1.4.  
CE ass. 2 juli 1993, *Recueil Dalloz* 1994, Jur. p. 74, m.nt. J.-M. Peyrical (*Milhaud*), 3.2.3, 8.2.3.  
CE ass. 27 oktober 1995, *Recueil Dalloz* 1996, Jur. p. 177, m.nt. G. Lebreton (*Commune de Morsang-sur-Orge en Ville d'Aix-en-Provence*), 3.2.4.  
CE 17 februari 1997, *JCP* 1997, II, 22828, m.nt. J. Moreau (*Centre hospitalier régional de Nice v. époux Quarez*), 5.1.4.  
CE 29 juli 2002, 8.2.3.  
CE 6 januari 2006, *Recueil Dalloz* 2006, IR, 327 (*Martinot*), 7.5, 8.2.3.

## Cour d'Appel

CA Paris 17 december 1993, 5.2.2.1.  
CA Paris 30 april 2009 (*Our Body*), 8.2.3.

## Tribunal de Grande Instance

TGI Evry 13 januari 1992, 5.2.2.1.  
TGI Lille 6 mei 1996, *Recueil Dalloz* 1997, m.nt. X. Labbé, 543, 5.2.2.1.  
TGI Paris 21 april 2009, *JCP* 2009, act. 225 (*Our Body*), 8.2.3.

## Tribunal Administratif

TA d'Amiens, 9 maart 2004, *Recueil Dalloz*, jur., p. 1051-1055, m.nt. X. Labbée, 4.1.1.

## Australië

*Cattanach v. Melchior* [2003] HCA 38, 5.1.1, 5.1.5.

## België

Cass. 6 januari 1998, *RW* 1998-99, 290 (*Sadomasochisme*), 3.3.5.

Hof van Beroep Antwerpen 30 september 1997, *RW* 1997-98, 749 (*Sadomasochisme*), 3.3.5.

Rb. Brussel 7 juni 2002, *TBBR* 2002, 483 (*Wrongful life*), 5.1.1.

## Duitsland

BVerfG 28 mei 1993, BVerfGE 88, 203, 296, *NJW* 1993, 2407 (*Schwangerschaftsabbruch II*), 5.1.2.

BVerfG 12 november 1997, BVerfGE 96, 375, *NJW* 1998, 519 (*Sterilisation*), 5.1.2.

BVerfG 26 februari 2008, 2 BvR 392/07 (*Beischlaf zwischen Geschwistern*), 8.4.2, 8.4.3.

BVerfG 7 oktober 2008, 2 BvR 578/07 (*Kannibalen-Urteil*), 8.4.2.

BGH 16 november 1993, *NJW* 1994, 788, 5.1.2.

BGH 27 juni 1995, *NJW* 1995, 1609, 5.1.5.

BGH 22 april 2005, 2 StR 310/04 (*Kannibalen-Urteil*), 8.4.2.

## Israël

Israëliësch Hooggerechtshof 18 februari 1986, arresten vol. 40(2) 1986 (Saul Katz c.s. t. Rinah Zeitsov), 5.1.1.

## Verenigd Koninkrijk

House of Lords, *McFarlane v. Tayside Health Board* [2000] 2 AC 59, 5.1.1.

House of Lords, *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2003] 1 AC 309, 5.1.1.

Court of Appeal, *McKay v Essex Health Authority* [1982] 2 All ER 771, 5.2.1.2.

## Verenigde Staten

*Buck v. Bell* 274 U.S. 200 (1927), 7.4.

*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), 3.1.4, 4.1.1.

*Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), 3.3.5.

*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), 3.3.5, 4.1.1.

*Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. (2007), 4.1.1.

*Moore v. Regents of the University of California*, 51 Cal. 3d 120; 271 Cal. Rptr. 146; 793 P.2d 479 (1990), 2.4.2.2.



# Personen-, zaken- en hybridenregister

## A

aantasting in de persoon	73, 76, 88, 131, 132, 133, 134, 135, 303, 376, 430, 434, 543, 710
abortus	221, 226, 236, 262, 280
– onvrijwillige zwangerschapsafbreking	252, 274
– partial-birth abortion	226
– voorwaarden voor -	26
adoptie	293, 374, 412, 440, 442, 449, 594
afstamming	129, 374, 425, 439, 440, 442, 449, 658, 659, 660
Agamben, Giorgio	58, 427, 450, 507, 510, 521, 610
amputatie	109, 139, 140, 141
Annas, George	461, 466
Antelme, Robert	500, 501, 507
antropotechnieken	1, 3, 17, 19, 411, 427, 432, 465, 530, 618
Arendt, Hannah	427, 468, 514, 515, 516, 519, 521, 610, 616, 620, 633, 646, 657, 669, 696, 701, 706, 723
– over natality	532, 636
– over ontrecting en mensenrechten	502, 630
– over persoonlijkheid	59, 624
– over wetenschappelijke objectivering van menselijk leven	650, 661
artificialisme	62, 63, 66, 361, 370, 374, 393, 405, 406, 410, 642, 675, 685, 686, 687
Asperen, Trudy van	18, 589, 600, 663
Atlan, Henri	21, 412, 599
Atwood, Margaret	19

## B

Baud, Jean-Pierre	34, 52, 57, 58, 66, 67, 70, 71, 76, 399, 433, 434, 435, 548, 551, 554, 555
Beauchamp, T.L.	25, 140
Bentham, Jeremy	379, 381, 401, 561
bestialiteit	443, 568, 587, 593
Beyleveld, D.	34, 167, 171, 173, 302, 468, 673
Binet, J.-R.	148, 397, 476, 477
bio art	486
bioconservatisme	458, 461, 475, 536
biologisering van het recht	341, 369, 425, 426, 427, 436, 437, 439, 450, 457, 462, 468, 472, 473, 476, 498, 516, 517, 684
biomacht	250, 426, 454, 456, 468, 494, 511, 512, 522, 608, 697
Bioy, Xavier	148, 151, 152, 155, 157, 158, 159, 160, 162, 163, 169, 170, 202, 253, 257, 263, 264, 267, 369, 371, 373, 394, 396, 401, 403, 462, 502, 557, 699, 701, 704, 705
Blok, P.H.	198, 400, 556, 558, 563
Boethius	69

- Boltanski, Luc 262, 265, 266, 621, 626, 664, 665  
 Brave new world 19, 529, 530  
 Broekhuijsen-Molenaar, A.M.L. 84, 229, 237, 239, 551  
 Broekman, J.M. 41, 50, 75, 375, 382, 383, 398, 630, 647, 660  
 Brownsword, R. 34, 167, 171, 173, 302, 455, 468, 673  
 Buck, Carrie 458  
 Buijsen, M.A.J.M. 114, 115, 184, 188, 292, 293, 326, 327, 329  
 burgerlijke staat 64, 65, 439, 624, 630, 699  
 Butler, Judith 505
- C**
- cartesianisme 398, 403, 410, 418, 544, 626, 719  
 Cassirer, Ernst 617, 619, 620, 621, 624, 645, 723  
 Cayla, Olivier 52, 54, 91, 167, 168, 315, 343, 349, 350, 352, 354, 357, 358, 362, 374, 392, 404, 410, 415, 416, 419, 429, 468, 574, 642, 643, 674, 683, 688, 697, 698  
 CCNE XV, 9, 336, 345, 348, 531, 560  
 Childress, J.F. 25, 140  
 Cliteur, Paul 443, 568, 573, 577, 583, 584  
 cosmetische chirurgie 81, 138, 488  
 crise des catégories 50, 51, 80, 88, 397  
 Critical Legal Studies 691  
 cryonics 483, 559, 562  
 curator ventris 391
- D**
- daimon 627, 628  
 De Béchillon, D. 352, 357, 358, 392, 401, 404, 410, 414, 642, 643, 674, 678, 688  
 Deroussin, D. 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 62, 66, 67, 71, 83, 84, 393, 574, 577  
 Descamps, P. 41, 462, 463, 466  
 designer baby 39, 466, 526, 528, 564, 571, 696  
 Devlin, Patrick 141, 537, 681, 682  
 Dickenson, Donna 34, 83, 84, 399, 543, 551, 615  
 dierenrechten 443, 459, 568, 569, 577, 614  
 distributieve rechtvaardigheid 31, 32, 539, 687  
 draagmoederschap 8, 28, 81, 82, 84, 163, 169, 407, 412, 442, 488, 551  
 Dupuis, Heleen 100, 145  
 Durkheim, E. 580  
 dwergwerpen 81, 118, 164, 219, 330, 354, 397, 404, 407, 591, 696, 697, 712  
 Dworkin, Ronald 14, 227, 228, 533, 538, 539, 578, 598, 682, 690, 691
- E**
- Edelman, Bernard 14, 34, 50, 52, 61, 153, 167, 168, 255, 256, 257, 315, 367, 401, 415, 431, 437, 449, 580, 628, 646, 651, 679  
 Eggens, J. 53, 381, 382, 385, 386, 387, 700, 701  
 Ellul, Jacques 50, 496  
 embryo  
     – als deel van de categorie van menselijk leven 233, 258, 269, 283, 444  
     – en art. 2 EVRM 236, 268  
     – en persoonskwalificatie 231, 251  
     – en zaakskwalificatie 238  
     – levensvatbaarheidsgrens 65, 231, 247, 451, 454  
     – nidatie-grens 224, 229, 238, 242, 244, 247, 286, 451, 452

– onderzoek met het -	240, 254, 479, 639
– strafrechtelijke status van het -	224, 229, 236, 252, 274
– thomistische visie op -	69
eugenetica	38, 39, 40, 105, 161, 340, 346, 350, 500, 564, 595
– liberale -	38, 39, 347, 351, 471, 500, 599
– staats-	38, 39, 458, 471, 500
euthanasie	8, 9, 26, 27, 28, 41, 79, 82, 97, 109, 113, 114, 140, 185, 188, 292, 312, 327, 328, 336, 354, 389, 395, 500, 577, 689
– hulp bij zelfdoding	183
– vergelijking wrongful life en -	327
experimenteel natuurrecht	669, 694, 695
experimentele metafysica	493, 669, 670, 694
experimenten met mensen	105, 243, 479
<b>F</b>	
Fabre-Magnan, Muriel	38, 40, 149, 150, 204, 211, 212, 342, 343, 348, 350, 351, 356, 358, 405, 420, 646, 647, 668, 674, 724
Fernández-Armesto, F.	444, 576, 586, 603, 605, 606
Ferry, Luc	580
Foqué, R.	50, 375, 409, 428, 436, 497, 498, 499, 524, 630, 633, 634, 636, 640, 641, 642, 643, 647, 665, 666, 667, 685, 692, 693, 696, 724
Foucault, Michel	31, 250, 411, 413, 426, 468, 510, 511, 513, 522, 641
Franken, H.	236, 483, 485, 486
Fukuyama, Francis	19, 20, 44, 463, 464, 530
Fuller, Lon	14, 379, 380, 381, 385, 396
<b>G</b>	
Gattungsethik	20, 539
Geertz, Clifford	524
genetisch verweer	459
Gerbrandy, S.	34, 51, 580
geslachtsloosheid	65, 439, 440, 446
Gevers, J.K.M.	82, 89, 98, 247, 547
giftethiek	34, 549, 550, 551, 583, 606
Glastra van Loon, J.	386, 541, 619, 633, 636, 685, 692, 694, 696, 724
Great Ape Project	443, 444, 460
Guillebaud, Jean-Claude	43, 45, 336, 467, 540, 603, 609, 704
Gutwirth, Serge	127, 202, 204, 208, 473, 485, 495, 496, 497, 523, 604
<b>H</b>	
Habermas, Jürgen	2, 19, 20, 22, 38, 39, 40, 44, 235, 264, 265, 299, 300, 471, 526, 530, 531, 532, 533, 539, 566, 609, 637, 654
Harris, John	44, 465, 466, 537
Hart, A.C. 't	50, 375, 377, 409, 428, 432, 436, 497, 498, 499, 524, 640, 641, 642, 643, 647, 665, 666, 667, 684, 685, 692, 696, 724
Hartogh, G.A. den	97, 107, 109, 115, 116, 139, 140, 141, 184, 185, 202, 265, 306, 314, 316, 321, 326, 447, 548, 560, 561, 653
Hendriks, Aart	30, 37, 109, 165, 179, 182, 274, 279
Hennette-Vauchez, Stéphanie	32, 33, 81, 137, 148, 149, 150, 151, 154, 169, 398, 438, 462, 468, 544
Hermitte, M.-A.	49, 50, 80, 222, 253, 256, 257, 259, 260, 315, 397, 434, 549



hersendood	79, 159, 444, 446, 454, 517, 522, 721
Herzberg, Abel	504
Hobbes, Thomas	60, 61, 74, 416
Hottois, Gilbert	17, 18, 43, 44, 45, 413, 643, 644
Houellebecq, Michel	18, 19
Human Genome Project	21, 487
Huxley, Aldous	19, 529, 530
hybride	75, 80, 90, 91, 335, 368, 413, 432, 445, 446, 454, 455, 489, 515, 524, 541, 542, 545, 555, 567, 640, 659, 661, 684, 686, 688
<b>I</b>	
Iacub, Marcela	52, 404, 410, 411, 412, 413, 414, 419, 447, 448, 449, 450, 599, 642, 643, 667, 668, 677, 679, 680, 682, 683
imago Dei	68, 574
incest	587, 589, 590, 592, 593, 594, 596, 597, 601, 607, 608
informed consent	23, 26, 34, 40, 103, 125, 135, 136, 143, 152, 153, 179, 217, 248, 284, 566, 672
– en experimenten met mensen	105
Informed consent	123
interseksualiteit. Zie onder geslachtsloosheid	
Ippel, Pieter	25, 117, 468, 469, 536, 538
ius postliminii	428
<b>J</b>	
Jaspers, Karl	627
Jhering, R. von	379, 381, 385
Jonas, Hans	44, 526, 527, 528, 529, 535, 539
juridische fictie	374, 379, 586
– grenzen aan de -	71, 386, 388, 392, 423
– nasciturus-fictie	59, 224, 232, 251, 316, 324, 335, 374, 381, 384, 390, 391, 393, 400, 417, 428, 655
– wrongful life fictie	334, 342, 343, 361, 378, 383, 387, 417
<b>K</b>	
kannibalisme	587, 590, 696
Kant, Immanuel	169, 170, 235, 353, 549, 568, 570, 573, 611, 612, 613, 614, 638
Kass, L.R.	536, 537
Kelsen, Hans	62, 63, 369, 373, 379, 392, 412, 413
kiembaangetherapie	3, 29, 35, 38, 39, 217, 223, 233, 463, 466, 545, 564, 570, 571, 572, 597, 673, 696
klonen	
– reproductief -	3, 21, 35, 39, 157, 217, 223, 233, 234, 461, 462, 465, 532, 536, 545, 564, 569, 570, 572, 592, 597, 599, 606, 673, 697
– therapeutisch -	21, 230, 234, 254, 479, 597
Knoppers, B.	467
Kunneman, H.	575, 580, 585
kunstmatige baarmoeder	21, 280, 412, 442, 599
kunstmatige voortplanting	
– opkomst van -	20
– verbod op vormen van -	564
–	

## L

- Labrusse-Riou, Catherine 50, 51, 52, 251, 257, 259, 260, 261, 336, 340, 347, 352, 353, 355, 357, 377, 392, 394, 395, 401, 406, 408, 420, 437, 438, 476, 482, 485, 531, 646, 647, 668, 669, 674, 678, 689
- Lacan, Jacques 588, 602, 617, 621, 622, 623, 624, 678, 679, 706, 723
- Latour, Bruno 489, 523, 651, 666, 669, 693, 694, 721
- Leenen, H.J.J. 23, 72, 84, 85, 88, 96, 97, 114, 116, 142, 143, 146, 150, 158, 178, 184, 185, 186, 188, 217, 221, 222, 224, 229, 231, 236, 238, 239, 244, 250, 412, 437, 448, 451, 452, 457, 469, 543, 544, 545, 551, 552, 553, 556
- Legendre, Pierre 414, 579, 610, 626, 646, 649, 650, 651, 652, 656, 659, 660, 661, 671, 672, 674, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 686, 687, 692
- Levi, Primo 507, 508
- lichamelijke integriteit
- lichaamsgerichte benadering van - 26, 27, 29, 34, 111, 112, 144, 146, 150, 153, 155, 212, 213, 217
  - persoonsgerichte benadering van - 26, 27, 29, 100, 111, 144, 146, 153, 212, 213, 217
  - postmortale werking van het recht op - 400, 556, 558
  - recht op in art. 11 Gw 110
  - zelfbeschikking en recht op - 109
- lijk
- als kunstobject 28, 559, 560
  - beschermwaardigheid van het - 160, 216, 400, 544, 555, 591, 597, 600, 601
  - lijkschennis 176, 183, 212, 400, 555, 562, 563, 587, 590, 591, 592, 601
  - opzetten of plastineren van het - 28, 559, 560, 561
  - strafrechtelijke status van het - 33, 555, 562
- Locke, John 33, 34, 74, 581, 582, 583
- Lokin, J.H.A. 54, 56, 57, 381, 384
- Lombroso, Cesare 458

## M

- MacIntyre, A. 577
- Maine, H. 379, 385
- Mathieu, Bertrand 9, 90, 154, 167, 255, 257, 258, 259, 285, 336, 340, 344, 345, 347, 352, 353, 355, 357, 392, 420, 481, 482, 500, 615, 674, 678, 689
- Mauss, Marcel 550, 575, 576, 577, 586
- Meijers, E.M. 382, 384, 387, 388, 389
- mens-dier-combinaties 3, 230, 444, 481, 545, 567, 598
- menselijke soort
- als juridische categorie 267, 421, 455, 462
  - opsplitsing van de - 31, 43, 532
  - species-argument 461
  - species-ethiek 461
  - vervaging van de soortgrens 443, 459, 567
- menselijke waardigheid
- als eenheid van persoon en lichaam 156, 266, 546, 610, 624
  - als fictie 401, 418, 578, 586, 610, 649, 650
  - als instrumentaliseringsverbod 16, 40, 165, 178, 499, 567, 570, 586
  - collectieve dimensie van - 42, 167, 298, 305, 315, 325, 356, 363, 368, 415, 539, 566, 585, 591, 599

– constructivistische opvatting van -	509, 542, 630, 669
– de twee interpretaties van -	16, 42, 158, 167, 352, 368, 696
– en conservatisme	166, 404, 412, 415, 421, 542, 672, 673, 702
– en wrongful birth	298, 311
– en wrongful life	324, 352
– individuele dimensie van -	42, 171, 300, 325, 363, 599
– knelpunten van	42
– opkomst van – als juridisch beginsel	35, 153, 501, 573
– paradox van de -	684
– postmoderne kritiek op de -	42, 411
– postmortale werking van de -	160, 215, 557
menselijk genoom	1, 21, 459, 461, 462, 463, 464, 465, 487, 573
menselijk lichaam	86, 87, 540, 546
– als bijzonder deel van de persoon	76, 88, 551
– als bijzondere zaak	84, 554
– als eigendom	25, 34, 81, 542
– als hybride object	80
– als res extra commercium	34, 58, 85, 161, 399
– onvervreemdbaarheid van het -	2, 6, 9, 34, 35, 87, 95, 102, 163, 168, 169, 551, 553, 701
– taboes rondom het -	587, 606
– verschijning in het recht	432
mensenrechten	
– Arendts kritiek op de -	505
– genetisering van -	463
– mensbeeld	13, 507, 573, 675
Mill, John Stuart	23, 84, 209
Minsky, Marvin	20
Molenaar, Kelly	3, 289, 314
Moravec, Hans	17, 20
mort civile	57, 91, 428
Moyaert, Paul	588, 600, 601, 602, 603, 623
Mul, Jos de	19, 20, 486, 587, 618, 623, 654, 655
<b>N</b>	
Naess, Arne	443
neonaturalisme	457, 458
Neurenberg	
– Code van -	105, 106, 500
– processen van -	13
– rassenwetten van -	501, 515
Nieuwenhuis, J.H.	37, 79, 165, 167, 229, 232, 236, 237, 299, 321, 322, 346, 408, 409, 430, 440, 497, 614, 689
non-commercialiteitsbeginsel	86, 144, 546
Nussbaum, Martha	19, 537, 583, 613, 614
<b>O</b>	
ontrechting	427, 500, 595, 627
orgaandonatie	XVI, 82, 86, 90, 97, 441, 446, 447, 519, 546, 547, 548, 552, 555, 558
<b>P</b>	
Pans, Esther	27, 28, 97, 185
Perruche, Nicolas	290, 337
persoonlijkheidsbeginsel	402, 403, 429, 632, 700, 701
persoonlijkheidsrecht	73, 88, 127, 181, 376, 430, 551, 552

persoonsbegrip	
– als juridisch masker	53, 61, 375, 377, 503, 505, 507
– artificialistische wortels van -	53, 369, 393, 431
– naturalistische wortels van het -	67, 369, 393, 431
– ontwikkeling van het -	52
– subjectivering van het -	376, 391, 398, 702
Pessers, Dorien	IV, 29, 37, 53, 60, 63, 64, 73, 167, 375, 376, 377, 399, 442, 504, 549, 550, 551, 573, 589, 606, 607, 608, 621, 646, 647, 658, 659, 679, 683, 699, 702, 703
Petit, Ch.	49, 59, 84, 85, 378, 542, 543, 553
Pico della Mirandola, G.	633, 634, 643
Plessner, Helmuth	617, 623, 624, 633, 634, 635, 643, 645, 706, 723
posthumanisme	16, 20, 43, 618, 643
preimplantatie genetische diagnostiek	XVI, 39, 233, 250, 359, 480, 488, 500, 532, 564, 566, 571
– cosmetische embryoselectie	38
– definitie van -	38
– politieke crisis over -	39, 564
prenatale diagnostiek	20, 21, 154, 224, 292, 306, 309, 316, 322, 323, 350, 359, 441, 471, 483, 488, 533, 665, 673
procreatie, recht op	269, 598
projet parental	254, 258, 259, 260, 261, 264, 622
prosopon	60, 61, 375, 702
<b>Q</b>	
quality of life	182, 183, 187
<b>R</b>	
Radbruch, Gustav	50, 409
Rawls, John	32, 406, 407, 589
realisme	405, 669, 674, 686
recht op rechtssubjectiviteit	429, 631
rechtswetenschappelijke methode	482
regeneratieve geneeskunde	17, 21
Ricoeur, Paul	427, 509, 629, 630, 632, 667, 699
Rose, Nikolas	336, 337, 339, 340, 345, 346, 347, 355, 470, 471, 474, 475, 511, 517
<b>S</b>	
sadomasochisme	81, 97, 118, 163, 166, 168, 200, 330, 404, 696
Salas, D.	47, 50, 337, 343, 586, 587, 679, 680, 681
saviour siblings	39, 233, 480, 571
schadebeginsel	23, 137, 141, 526
Scholten, Paul	374, 379, 380, 384, 386, 387, 388, 394, 396, 402, 423, 483, 698, 699, 700, 701
sciëntisme	456, 476, 477, 496
sekseselectie bij embryo's	38, 39, 233, 569
Sieburgh, C.H.	165, 293, 321, 323, 331, 334, 335, 336, 378, 387, 389
Silver, Lee	31
Singer, Peter	413, 443, 459, 460, 568, 577, 655, 656
slavernij	25, 53, 55, 56, 71, 82, 87, 91, 110, 203, 209, 256, 407, 429, 499, 624, 637, 638, 639, 712
Sloterdijk, Peter	1, 3, 465, 470, 471, 493, 596
Soeteman, A.	14, 118, 119, 165, 167, 384, 386, 387, 388, 575, 579, 580
Somsen, Han	39, 528, 565, 673

stamceltherapie	21, 371
Stengers, Isabelle	671
Steur, J.C. van der	34, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 238, 400, 543, 551, 553, 554
Stolker, C.J.J.M.	37, 48, 292, 306, 307, 320, 321, 327, 482, 483, 689
Supiot, Alain	50, 438, 553, 577, 579, 585, 586, 588, 610, 616, 617, 621, 624, 626, 628, 646, 649, 650, 658, 659, 660, 661, 672, 674, 679, 680, 683, 686, 702
symbolische functie van het recht	406, 420, 646
– kritiek op de -	672
<b>T</b>	
Thomas van Aquino	69, 73, 581
Thomas, Yan	49, 50, 52, 66, 68, 70, 71, 75, 91, 167, 168, 315, 343, 352, 356, 357, 362, 374, 379, 383, 385, 391, 392, 404, 415, 419, 429, 430, 574, 641, 649, 674, 679, 688
tissue engineering	22
transformerende geneeskunde	487
transhumanisme	19, 20, 444, 461, 587, 683
transseksualiteit	64, 65, 109, 130, 138, 189, 441, 444, 445, 455, 522, 644, 680, 721
<b>V</b>	
Vaihinger, Hans	14, 15, 655
Van der Burg, W.	40, 117, 143, 144, 229, 230, 232, 238, 245, 246, 452, 468
Velaers, J.	35, 43, 44, 78, 81, 82, 108, 116, 137, 147, 177, 181
Veraart, Wouter	376, 502, 503, 505, 629
Verheij, Albert	73, 131, 133, 376, 430
Vermeulen, B.P.	IV, 42, 88, 113, 118, 119, 165, 167, 180, 197, 212, 367, 368, 430, 445, 574, 581, 582, 597, 698, 702
Visser 't Hooft, H.Ph.	24, 35, 102, 116, 117, 126, 133, 525, 526, 528
vitam instituere	651, 652
volenti non fit iniuria	109, 115, 165, 202, 207
voorspellende geneeskunde	488, 494
voorzorgbeginsel	455, 527, 528
Vranken, J.B.M.	27, 49, 133, 289, 291, 301, 302, 305, 311, 312, 319, 322, 324, 326, 337, 343, 484, 497
Vries, Gerard de	476, 488, 489, 494
<b>W</b>	
Weijs, Rolef de	380
Wet van de Twaalf Tafelen	57
wisdom of repugnance	536
Witteveen, W.	375, 381, 504, 536, 644
wrongful birth	239, 291
– en menselijke waardigheid	298, 311
– en zelfbeschikkingsrecht ouders	302, 598
wrongful life	483, 596
– belang om niet te worden geboren	323
– droit de ne pas naître	347, 356
– en de vervaging tussen recht en natuur	3, 347, 475
– en menselijke waardigheid	324, 352
– en zelfbeschikkingsrecht ouders	317, 351
– vergelijking euthanasie en -	327

## X

xenotransplantatie 29, 444, 480, 528, 696

## Z

zelfbeschikkingsrecht

- als claimrecht 29, 109, 110, 131, 196
- dualisme van het - 33, 34, 144
- en abortus 26, 134, 221, 228
- en euthanasie 27, 109, 185
- en het recht op lichamelijke integriteit 109
- en informed consent 103
- en persoonlijkheidsrechten 126
- en transseksualiteit 109, 138, 196
- grenzen aan het - 136, 150, 162, 543, 560, 592, 704
- in het biomedische tijdperk 23, 537
- in het strafrecht 28, 149, 204
- knelpunten van het - 24, 142
- object van het - 32
- opkomst van het - 98

zelfverminking 28, 81, 97, 137, 149, 150, 218

ziel 67, 68, 69, 70, 72, 73, 553, 582, 615

Zwart, H. 35, 70, 92, 93, 99, 100, 111, 112, 122, 144, 145, 146, 158, 159, 162, 450, 451, 465, 476, 518, 551, 583



## Curriculum Vitae

Britta van Beers (geboren in 1977 te Breda) studeerde rechten en wijsbegeerte (cum laude) aan de Universiteit van Amsterdam. In diezelfde periode nam zij deel aan een uitwisselingsprogramma met de New York University Law School. In Tokio studeerde en werkte zij in het kader van een éénjarige post-universitaire opleiding Japanse taal- en bedrijfswetenschap (Universiteit Leiden en Japan-Nederland Instituut). Als promovenda verrichtte zij onderzoek aan de Sorbonne (Paris I) en de Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales te Parijs. Thans is zij universitair docent rechtsfilosofie aan de Vrije Universiteit Amsterdam.



